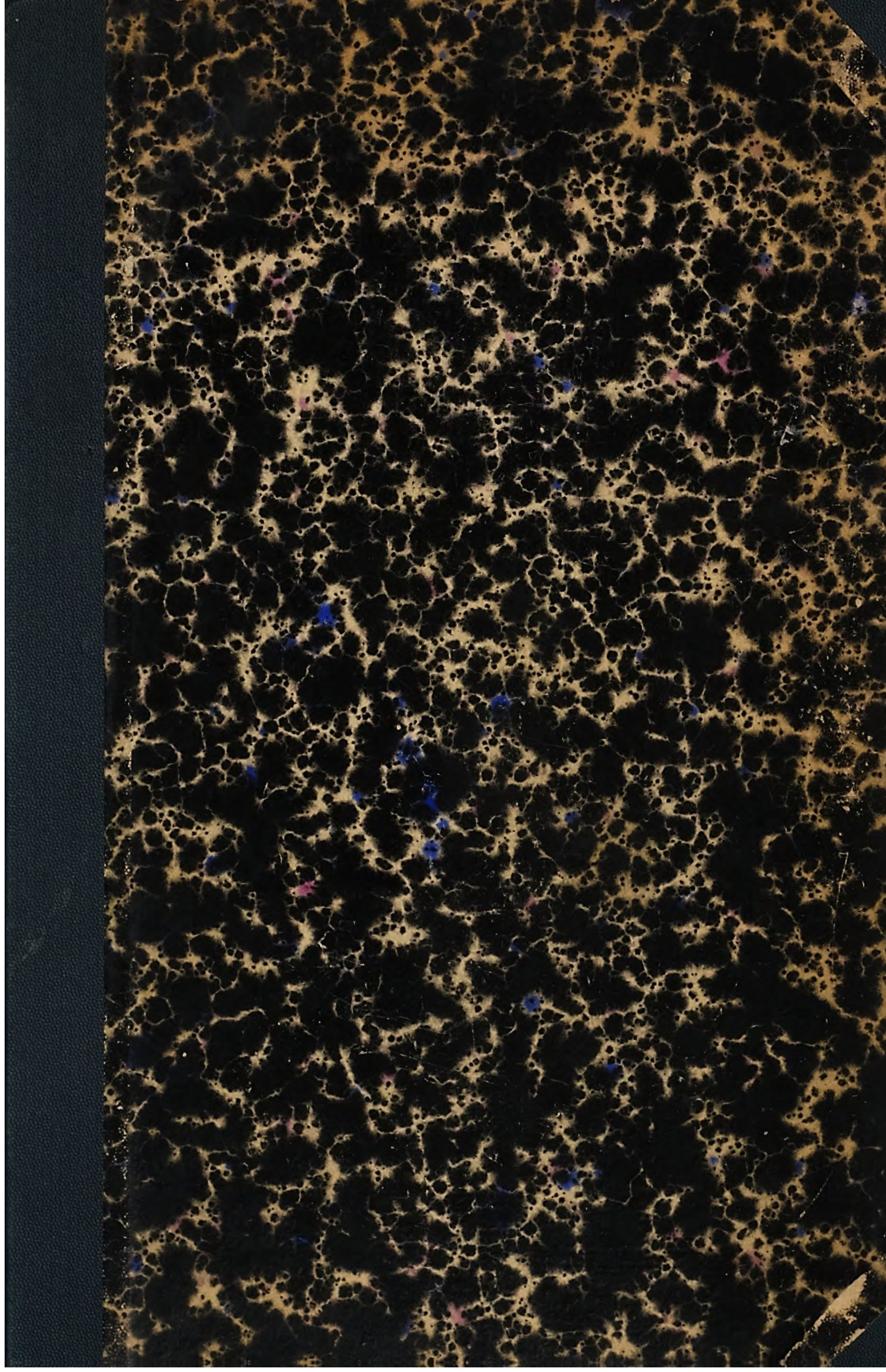




Y. rom. m. 19800

Festgabe

<36634146900019

<36634146900019

3

Bayer. Staatsbibliothek

A

FESTGABE

ZUM

DOCTOR-JUBILÄUM

DES HERRN

GEHEIMEN JUSTIZRATHS UND PROFESSORS

DR. RUDOLPH VON JHERING

AM

VI. AUGUST MDCCCLXXXII

ÜBERREICHT VON DER

JURISTENFACULTÄT ZU Breslau

INHALT:

M. WLASSAK, ZUR GESCHICHTE DER COGNITUR.

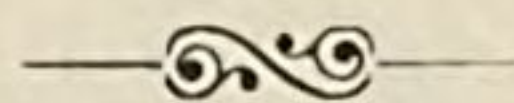
O. FISCHER, DAS PROBLEM DER IDENTITÄT UND DER NEUHEIT.

Breslau 1892.

Verlag der Schletter'schen Buchhandlung (Franck & Weigert)
Inhaber A. Kurtze.

3H

FESTGABE
ZUM
DOCTOR-JUBILÄUM
DES HERRN
GEHEIMEN JUSTIZRATHS UND PROFESSORS
DR. RUDOLPH VON JHERING.



FESTGABE

ZUM

DOCTOR-JUBILÄUM

DES HERRN

GEHEIMEN JUSTIZRATHS UND PROFESSORS

DR. RUDOLPH VON JHERING

AM

VI. AUGUST MDCCCLXXXII

ÜBERREICHT VON DER

JURISTENFACULTÄT ZU Breslau

INHALT:

M. Wlassak, Zur Geschichte der Cognitur.

O. Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit.

Breslau 1892.

Verlag der Schletter'schen Buchhandlung (Franck & Weigert)
Inhaber A. Kurtze.



HERRN GEHEIMEN JUSTIZRATH
PROFESSOR DR. R. VON JHERING

BRINGT ZUR

FEIER DES DOCTOR-JUBILÄUMS

IN DANKBARER VEREHRUNG

DIE JURISTENFACULTÄT ZU BRESLAU

IHRE

WÄRMSTEN GLÜCKWÜNSCHE DAR.

Moriz Wlassak.

Zur Geschichte der Cognitur.



Neu-Druck

Zur Geschichte der Gegenwart.



Mehr als ein Menschenalter ist verstrichen, seit uns Rudolph von Jhering das tiefere Verständniss des Formenwesens im Rechte erschlossen hat. Eine Fülle von Anregungen ist ausgegangen von der Epoche machenden Darlegung der „juristischen Technik“. Den grössten Gewinn aus diesen Forschungen hat wie billig die Wissenschaft des römischen Rechtes gezogen. Besonders folgenreich war die nachdrückliche Hinweisung auf den überlieferten Schatz von juristischen Formeln, den man vorlängst in leidliche Ordnung gebracht hatte, den aber Keiner recht zu nutzen verstand. Erst Jhering hat uns gelehrt, die römischen Rechtsformen als Kunstwerk zu würdigen, und gezeigt, dass sie den Stempel der Meisterschaft tragen; er hat uns veranlasst, mit scharfem Auge zuzusehen und die geringsten Nüancen sorgsam zu beachten; durch ihn sind wir aufmerksam geworden auf den „Parallelismus der Formen und der Begriffe“ und haben so gelernt, eine vernachlässigte Quelle gehörig auszubeuten.

Die folgenden Blätter enthalten den Versuch, auf dem von Jhering gewiesenen Weg eine kleine, noch wenig bearbeitete Frage der Lösung näher zu bringen. Die Aufgabe ist eng begrenzt; es handelt sich um die Deutung der Spruchformeln, die in Rom bei der Ernennung von Cognitoren üblich

waren. Als erwünschter Nebengewinn wäre es zu betrachten, wenn der eine oder andere Punkt aus dem klassischen Recht der Anwaltschaft im Privatprocess in hellere Beleuchtung träte.

I.

Der einzige genauere Bericht über die Bestellung der Cognitoren ist in den Gaianischen Institutionen IV. 83 erhalten:

Cognitor . . . certis uerbis in litem coram aduersario substituitur. nam actor ita cognitorem dat QUOD EGO A TE uerbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM L. TITIVM TIBI COGNITOREM DO; aduersarius ita QUIA¹ TU A MÊ FUNDUM PETIS, IN EAM <REM> TIBI P. MEVIUM COGNITOREM DO. potest ut actor ita dicat QUOD EGO TECUM AGERE UOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO, aduersarius ita QUIA TU MECUM AGERE UIS, IN EAM REM COGNITOREM

¹) Die Siglen der Veroneser Handschrift an dieser Stelle wurden vor 1874 anders gelesen und gedeutet (*quando* od. *quandoque*) als jetzt. Studemund (Apogr. p. 220 Z. 12 u. 15) hat den obigen Text festgestellt. Wie aber erklärt es sich, dass beidemale der Kläger mit *quod*, der Beklagte mit *quia* beginnt? Jhering Geist Bd. III § 47^b N. 861^c (S. 623 der 4. A.) hat den Philologen diese Frage vorgelegt. Studemund-Krüger bemerken zu *quia*: expectes *quod*. Wirklich hat der Schreiber des 4. Gaiusbuches im § 137 (Apogr. p. 235 Z. 14) die Zeichen für *quia* und *quod* verwechselt. Doch ist die Annahme eines solchen Versehens für den § 83 sehr unwahrscheinlich. So bleibt Jherings Frage noch aufrecht. Vielleicht (vgl. aber Gai. II. 166) beruht der Wechsel des Ausdrucks darauf, dass im Spruch des Angegriffenen (sog. „Beklagten“) Bezug genommen ist auf eine Mitteilung des Gegners, nicht auch im Spruche des Angreifers. Aehnliches nimmt wohl Huschke Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XIII S. 305, 306 an; vgl. noch Karlowa Civilprocess z. Zeit der Legisactionen S. 357.

DO. nec interest praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognouerit et suscepit officium cognitoris.

Das eine Formelpaar weist eine viel engere und bestimmtere Fassung auf als das zweite. Hier *agere uolo, uis* und *cognitorem do*, dort *fundum peto, petis* und *L. Titium cognitorem tibi do*. Fast möchte man glauben, das erste sei ein ausgefülltes Formular, das zweite in Blanco gelassen. Indessen sagt ja Gaius deutlich das Gegenteil. Beide Formeln waren so oder ungefähr so, wie sie vorliegen, anwendbar, bald die eine bald die andere. Offenbar kommt es vor Allem darauf an, den Unterschied an der Wurzel zu greifen, den Punkt zu finden, von dem aus alle Einzelheiten zu erklären sind.

Nach einer Bemerkung von Huschke² glaubte Savigny davon ausgehen zu dürfen, dass *petere* und *agere* als Gegenstücke erscheinen. Der erste Spruch sei für Actiones in rem, der zweite für Actiones in personam bestimmt. Allein diese Erklärung genügt weder der eben erhobenen Forderung, noch ist sie im Uebrigen zutreffend. Wo steht es denn geschrieben, dass nur die Streitbefestigung oder, wie unsere Juristen sagen, das „Klagen“ mit Actio in rem ein *petere* sei? Es ist schwer begreiflich, wie die Irreführung durch die *formula petitoria* (Gai. IV. 91), durch Papinian Dig. 44, 7, 28 und ähnliche Aeusserungen³ gelingen, wie der Irrtum sich behaupten konnte. Wer an die Edictsrubrik *si certum petetur* denkt, an das *plus petere*, an das *pactum de non petendo*, und dazu nur die Pandektentitel über die Conditionen (*repetere!*) flüchtig durchblättert, muss sofort gewahr werden, dass die Rechtssprache das *petere* mit Nichten zur Actio in rem in nähere Beziehung

²) A. a. O. Bd. XIII S. 306, der Savigny bekämpft; vgl. auch Eisele Cognitur u. Procuratur S. 29.

³) Vgl. Keller Civilprocess § 87 z. N. 1093 (S. 454—6. A.).

setzt als zur persönlichen. Mithin würden die beiden Cogniturformeln den von Savigny betonten Gegensatz in höchst mangelhafter Weise zum Ausdruck bringen. Damit aber schwindet der Schein, dass das *petere* hier, das *agere* dort unerlässliche Worte seien; beide gehören vielmehr — mit Jhering⁴ zu sprechen — zu den individuellen, nicht zu den festen Bestandteilen der zwei Formelpaare. Ist also das *fundum peto* nur beispielshalber (*uerbi gratia*) von Gaius gewählt, so hat es geringeren Wert zu wissen, welches Rechtsmittel dem Juristen im Sinne lag. Doch ist m. E. auch hier gegen Savigny, Rudorff⁵ und Bethmann-Hollweg⁶ zu entscheiden. Stünde *Rei vindicatio* in Frage, so müsste der Spruch (nach Gai. IV. 45) etwa lauten: *quod fundum Cornelianum meum esse intendo* (oder *peto*), während das, die *Causa* verschweigende, blosses *fundum peto* anscheinend auf die Geltendmachung einer Forderung mittels *Condictio* geht. Man vergleiche nur Paul. Dig. 12, 1, 31, pr., wo es heisst:

Cum fundus uel homo per conductionem petitus esset, . . .

Unstreitig richtig ist das, was Keller⁷ über die Cognitorenbestellung sagt: „ihre Formel laute speciell oder generell“. Mehr oder minder wird dies wohl von den meisten Schriftstellern anerkannt. Liessen sich alle Eigenheiten unserer Formeln auf den von Keller angedeuteten Gesichtspunkt zu-

⁴) Geist Bd. II § 47 a, S. 585.

⁵) Röm. Rechtsgeschichte Bd. II S. 71.

⁶) Röm. Civilprocess Bd. II S. 418 N. 50, denen sich jetzt (1892) noch M. Voigt R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 293, 294 anschliesst.

⁷) A. a. O. § 52 S. 266. C. Drewcke *De cognitoribus et procuratoribus* p. 6 (Halle 1857) stimmt Keller zu, bezieht aber den einen Spruch auf Prozesse mit *Actio certa*, den anderen auf Prozesse mit *A. incerta*.

rückführen, so dürften wir uns sofort zufrieden geben. Indess bleibt in der That ein beträchtlicher Rest übrig. Einmal sagt der Ansprecher: *fundum peto*, sein Gegner: *fundum petis*; das anderemal jener: *agere uolo*, dieser: *agere uis*. Augenscheinlich tritt hier ein Unterschied auf, der aus dem Gegensatz der speciellen und generellen Vollmacht nicht herzuleiten ist.

Eine Erklärung hat zuerst Huschke⁸ versucht: in der Formel mit *peto* sei „von einer bereits anhängigen, in der zweiten von einer erst anzustellenden Klage die Rede“. Wenn diese Deutung, die trotz Puchtas⁹ und Kellers¹⁰ Widerspruch Anhänger fand, die Sache nicht völlig erledigte, so war doch zweifellos der rechte Weg gezeigt. Dass aber die Untersuchung nicht ans letzte Ende gelangte, dafür ist mehr denn ein Grund anzuführen. Als wichtigstes Hinderniss muss die Unkenntniss der klassischen Streitbefestigung gelten, von der Kellers berühmte Monographie nur die Wirkungen übrig gelassen hatte, Wirkungen ohne Ursache.¹¹ Damit im Zusammenhang steht die Verwirrung stiftende Uebertragung moderner Begriffe ins altrömische Processrecht. Dieses kennt in Wahrheit keinen Act, welcher der heutigen einseitigen „Klagerhebung“ entspräche, daher auch keine „anhängige“ und „erst anzustellende Klage“. ¹² Ferner hat schon Huschke

⁸) A. a. O. Bd. XIII S. 307, 308 (1846); vgl. auch Huschke in Richters Krit. Jahrbüchern Jg. IV Bd. VII S. 492 (1840).

⁹) Institutionen Bd. I § 156 N. q. (S. 453—8. A.)

¹⁰) Civilprocess § 52 N. 615 (S. 266—6. A.). Für Huschke — zweifelnd — Fierich in Grünhuts Zeitschr. Bd. IX S. 612.

¹¹) S. Keller Civilprocess § 59 (S. 297).

¹²) Die römische Litiscontestatio ist ein Vertrag; das erste, unverbindliche *edere actionem* zwar einseitig (s. Wlassak Litiscontestatio S. 59—69 u. 45, 51, 52), doch hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht ent-

und jüngst wieder Eisele¹³ dem aus Vorurteil entsprungenen, durch Nichts beglaubigten Gedanken Beifall geschenkt, dass der Cognitor bereits im Legisactionenprocess thätig war. Für diesen, angeblich auf das Geschwornenverfahren beschränkten Vertreter sei das von Gaius an erster Stelle mitgeteilte Formelpaar aufgekommen, das zweite sei erst nach Einführung des Processes *per concepta uerba* entworfen.

Ausnahmslos unterschätzt ist von den Neueren die Genauigkeit, mit der die Römer beim Aufsetzen ihrer Rechtsformeln zu Werke gingen. Die grösste Unempfindlichkeit mutet ihnen Eisele¹⁴ zu, der aus Gai. l. c. *potest ut actor ita dicat*, schliessen will, dass „innerhalb des Formularprocesses“ unsere Formeln „promiscue gebraucht wurden“. Nicht ganz so weit geht Lenel¹⁵ mit der Behauptung: man habe sich der Formel *quod . . . peto* bedient, „so oft die Bestellung des Cognitor der materiellen Verhandlung *in iure* (ursprünglich also¹⁶ der *legis actio*) unmittelbar vorausging, der Formel *quod . . . agere uolo* dann, wenn zwischen der Bestellung des Cognitor und dem wirklichen Beginn des Pro-

fernt mit der modernen Klagerhebung zu vergleichen. Wirklich Analoges findet sich erst im spätkaiserlichen Process. Vgl. übrigens O. Bülow im Arch. f. civ. Praxis Bd. 62 S. 11—27.

¹³) Cognitur S. 27—31, dazu Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVIII S. 200, 201.

¹⁴) Cognitur S. 29.

¹⁵) Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, Rom. Abt. Bd. XVII S. 152, 153. Aehnlich M. Voigt a. a. O. Bd. I S. 293, 294, der unterscheidet: „vor“ und „nach der *editio actionis*.“ Gemeint ist wohl das *edere* bei Ulp. Dig. 2, 13, 1, pr.

¹⁶) Dass „materielle Verhandlung (ich verstehe: V. zur Sache) *in iure* und „*legis actio*“ verschiedene Dinge sind, zeigt Jhering Geist Bd. III § 47^a S. 585, 586, IV § 52 S. 89, 90 (4. A.); dazu meine Litiscontestatio S. 83—85 u. Röm. Processgesetze Bd. II p. IX.

cesses ein kürzerer oder längerer Zwischenraum lag.“ Endlich der jüngste Schriftsteller M. Rümelin¹⁷ hält es nicht für geboten anzunehmen, dass die Bestellung mit der einen Formel „vor“, mit der anderen „nach der Litiscontestatio erfolgt“ sei.

II.

Die Darlegung der eigenen Ansicht muss eingeleitet werden durch eine Untersuchung des Wertes der hier vorzüglich in Betracht kommenden Ausdrücke. *Peto* und *agere uolo* bieten die Formeln, wie sie Gaius überliefert. An diese Worte werden wir uns halten dürfen, obwohl es sicher erlaubt war, sie durch andere von gleicher Bedeutung zu ersetzen, z. B. durch *intendere*, *litigare* oder durch mehr specialisirende, die nur gewisse Actionen anzeigten, wie *condicere* und *vindicare*. Die weitaus gebräuchlichsten Ausdrücke waren ohne Zweifel die von unserem Gewährsmann gesetzten; ein Blick in die klassischen Schriften genügt, um diese Ueberzeugung zu begründen. Daher wird auch Gaius *agere-petere* gewählt haben, weil es am häufigsten vorkam, oder, was noch wahrscheinlicher ist, er nahm es ohne viel Besinnen herüber aus seiner Vorlage.

Was also bedeuten die zwei Worte, was ist ihr technischer Wert? Denn um diesen allein handelt es sich, wo ein Stück wohlüberlegter Juristensprache zu erläutern ist. In Ansehung des *agere* ist auszugehen von der alten Regel:

ne bis de eadem re sit actio

und von Gai. IV. 108:

¹⁷) Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilprocess (1886) S. 85, dazu S. 90 N. 1.

qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat.

Hiernach¹ ist die Streitbefestigung des alten Legalprocesses eine *actio*; hat sie stattgefunden, so kann und muss gesagt werden: *actum est*, mag auch das Verfahren vor dem Geschwornen erst in Aussicht stehen. Diese Ausdrucksweise erfuhr durch die Vertauschung der gesprochenen mit der geschriebenen Processformel nicht die geringste Änderung. Nach wie vor heisst es von der Partei, sobald die *Lis* contestirt ist: *egit, actum est*. Auf die Mitteilung von Belegen, deren es viele giebt, wäre zu verzichten, wenn nicht neuere Schriftsteller² eine andere Auslegung des *agere* (= „Gerichtsverhandlung“ u. dgl.) verteidigt oder das hier Gesagte geradezu bestritten hätten. Mehrere ganz unzweideutige Stellen sind in meiner „*Litiscontestatio*“ S. 41 abgedruckt. Nur eine davon muss hier nochmal erscheinen.

Gai. IV. 98: . . . *de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non amplius actionem habet quam si ipse egerit.*

Weiter vergleiche man Cic. pro Caec. c. 3 § 8:

. . . *videte, quam iniquum sit constituta iam re iudicem, quid agi potuerit, aut quid possit, non quid actum sit quaerere.*

Gallus Aelius bei Fest. p. 273: *Reus est qui cum altero litem contestatam habet, siue is egit siue cum eo actum est.*

Julian bei Ulp. Dig. 39, 3, 4, 1 *scribit, si post iudicium aquae pluviae arcendae susceptum fundum alienauerit*

¹) Vgl. Wlassak *Litiscontestatio* S. 80.

²) Vgl. z. B. Bekker *Ztschr. f. Rechtsgesch.* Bd. IX S. 369, A. Pernice *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XVIII S. 49 Anm., Lotmar *Krit. Vierteljahresschrift* Bd. XXVI S. 678, 679, Jörs *Röm. Rechtswissenschaft* I S. 221 N. 2, Eisele *Abhandlungen z. röm. Civilpr.* S. 25, 26 (richtig S. 51—57).

is cum quo actum esset de praeterito damno et de opere restituendo id statuere iudicem debere, . . .

Pomp. Dig. 44, 2, 21, pr.: *Si, cum argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum herede et postea codicillis prolatis uestem quoque mihi legatam esse appareat, non est deducta in superius iudicium³ uestis causa, quia neque litigatores neque iudex de alio quam de argento actum intellegant.*

Gai. III. 180: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio⁴ fuerit actum.*

Gai. IV. 107: *Si uero legitimo iudicio⁴ in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, . . .*

Paul. Dig. 12, 2, 30, 3:

In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum aduersus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Ulp. Dig. 13, 7, 9, 5: *Qui ante solutionem egit pignoratitia, licet non recte egit, tamen si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pignoratam et quod sua interest consequi.*

Aus diesen und anderen⁵ Äusserungen ist leicht zu ersehen, für welchen Vorgang die klassischen Juristen — zur Zeit des Verfahrens mit Schriftformeln — *agere* als Kunstwort gebrauchen. *Actum est*, das will sagen: der Process ist begründet, keineswegs: der Process ist zu Ende (*iudicium finitum est*). Daher heisst es vom Ansprecher, der den Streit befestigt hat, in genauer Rede überall: „*egit*“. Durch die Gegenbemerkung, dass die Thätigkeit der Parteien vor dem

³) Vgl. meine Litiscontestatio S. 21—23.

⁴) Vgl. meine Röm. Processgesetze Bd. II S. 29, 30, 37—51.

⁵) Weitere Belege bei Keller Litiscontest. S. 68 N. 9, Wlassak Litisc. S. 41 N. 3,

Judex auch ein „Agiren“ sei⁶, wird meine Behauptung nicht erschüttert. Natürlich steht der Annahme einer zweiten, umfassenderen Bedeutung Nichts im Wege. Die abgedruckten Stellen aber dürften zur Genüge darthun, dass kein römischer Jurist sich der freieren Ausdrucksweise bedienen konnte, wo ein Missverstehen nicht von vornherein durch den Zusammenhang ausgeschlossen war.

Wir wissen jetzt, wie die „Action“, von der die Rede ist, zu Ende ging. Weiter fragt es sich, wie sie anhub? Fällt auch ihr Anfang zusammen mit dem Beginn der Streitbefestigung, so wäre *agere* nur ein anderer Name für *litem contestari*. In der That ist das Gleichheitszeichen zwischen diesen Worten wohlbegründet. Schon die obigen Texte führen zu diesem Ergebniss. Noch deutlicher sprechen die folgenden:

Paul. Dig. 12, 2, 17, 2: . . . *tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigiue . . . et alienare res et solui eis potest et agendo rem in iudicium deducunt*.⁷

Ferner African Dig. 17, 1, 37:

Hominem certum pro te dari fideiussi et solui: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet, et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilo minus utilis ea actio est. aliter in stipulatione seruat: nam tunc id tempus spectatur quo agitur⁸, nisi forte . . .

Marcian Dig. 46, 3, 47, pr. § 1:

In pupillo, cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quaeratur, quo tempore sit locupletior, tempus quo agitur

⁶) Vgl. z. B. Gai. IV. 114, Dig. 10, 2, 1, 1, Paul. D. 19, 2, 43, Marcian D. 22, 3, 21.

⁷) S. oben S. 9 N. 3.

⁸) Vgl. Ulp. Dig. 13, 6, 3, 2: . . . *litis contestatae tempus spectetur*, dazu Savigny System Bd. VI § 275.

inspicitur: et⁹ ut exceptio doli mali posita ei noceat, tempus quo agitur spectatur. Plane, ut Scaeuola aiebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intellegitur, . . .

Augenscheinlich kann das *tempus quo agitur* kein Zeitraum von grösserer Ausdehnung sein, daher unmöglich so lange währen, wie die Verhandlung vor dem Praetor, die sich gewöhnlich durch mehrere Termine hinzog. Uebrigens sagt es Scaevola ausdrücklich, was gemeint sei, und nicht weniger gewiss ist auch der Sinn der Phrase im Munde Africans (N. 8). Wenn ich hiernach das *tempus quo agitur* durch „Zeit der Streitbefestigung (= *t. iudicii accipiendi*)“ ausdrücke, so ist das gar nichts Neues. Freilich gewinnt diese Feststellung erhöhte Bedeutung, wenn die irrig und — genau genommen — von ihrem Urheber selbst für unhaltbar erkannte Gleichsetzung der Litiscontestatio und der „ganzen Verhandlung in Jure¹⁰“ verworfen wird. Nach meiner Ansicht ist nämlich die Streitbefestigung ein das Verfahren in Jure abschliessendes Formalgeschäft. Voraus geht ihr die Genehmigung (*datio*) der Streiturkunde durch den Praetor. Sie selbst besteht aus der förmlichen Hingabe und Annahme der Formel unter den Parteien. Dies also und nichts Anderes ist die *actio* im technischen

⁹) Lenel Paling. I p. 687 n. 1 nimmt hier eine Lücke an, während Mommsen *tempus . . . et* streichen will.

¹⁰) So Keller Litiscontestatio S. 8—11, 53, 81, 107, dem es nicht entgehen konnte, dass hiedurch eine lange Reihe römischer Sätze (vgl. etwa die Citate bei Windscheid Pandekten Bd. I § 128 N. 4, Wlassak R. Processgesetze Bd. II p. XI, dazu Gai. IV. 114, Dig. 6, 1, 20 — 10, 4, 11, 1 u. 2 — 10, 4, 12, 4 — 12, 1, 31, pr. — 22, 1, 35, u. s. w.) unbegreiflich wird. (Treffende Bemerkungen bei Jhering Geist Bd. IV § 50 S. 24 — 4. A.) Daher erfand Keller noch eine zweite und dritte L. C.: Die praetorische „Formelerteilung“ und den „ideellen Endpunkt“; s. Wlassak Litiscont. S. 4—13.

Sinn. So lang diese Handlung nicht stattgefunden, ist noch nicht „agirt“. Daran ändert es nichts, wenn die Parteien schon ein oder mehrmal vor dem Praetor verhandelt, wenn sie Vadimonien oder andere Processcautionen¹¹ vereinbart haben. Immer ist die *actio* erst beabsichtigt, nicht vollzogen und auch nicht begonnen. Daher nennt Paulus D. 2, 11, 10, 2 und Ulpian D. 44, 2, 5¹² den Ansprecher, dem schon die Gestellungszusage gegeben ist: *iniuriarum acturus, mandati acturus*, und Letzterer den Empfänger der *Cautio iudicatum solui* wiederholt (D. 5, 1, 64, 1 — 46, 7, 13, 1¹³) *acturus*. Ulpian ist auch der Verfasser der bekannten l. 1 pr. D. de ed. (2, 13), die den Processlustigen, welcher die Formel vorläufig ediren soll, bezeichnet als einen, der *actione* (Ulp. *formula*?) *agere uolet*, dann als *acturus*, während der Schlusssatz den Zweck der Edition in folgender Weise schildert: *ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra* („weiter“) *debeat, et si contendendum putat, ueniat instructus ad agendum* („zum Streitbefestigungstermin“) *cognita actione qua conueniatur*.

Fast Alles, was über Bedeutung und Verwendung von *agere* gesagt wurde, gilt auch für den zweiten, überaus häufig gesetzten Ausdruck, für *petere*.¹⁴ Wer nur Gai. IV. 55 liest, wird geneigt sein, dem zuzustimmen. Im Anschluss an die Lehre vom *plus petere* bemerkt der Jurist:

Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum

¹¹) Vgl. Paulus Dig. 46, 7, 8, Lenel Paling. I p. 1092.

¹²) Vgl. Kipp Litisdenuntiation S. 178, 179, Wlassak Litiscont. S. 40 N. 5, Lenel Paling. I p. 1148 nr. 1073, II. p. 856 nr. 1658; ferner Gai. IV. 186 (*agetur . . . fit* — so Studemund-Krüger ed. III).

¹³) Dazu Wlassak Litiscontestation S. 49, 50.

¹⁴) Irriges hierüber bei Eisele Cognitur S. 30—34; vgl. dagegen Lenel Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVII S. 152, Wach bei Keller Civilpr. N. 1093 (S. 455).

periclitari cumque ex integro agere posse, quia nihil ante uidetur egisse: ueluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere.

Gaius wechselt¹⁵ mit dem Ausdruck; für denselben Begriff steht bald *intendere*, bald *agere*, bald *petere*. Ergiebt sich schon hieraus die Notwendigkeit, *petere* und *petitio* von der Streitbefestigung zu verstehen, so fehlt es auch nicht an Aussprüchen, die unmittelbar für diese Deutung Zeugnis ablegen. Aus vielen wähle ich nur diese:

Gai. III. 181: *Unde fit, ut si legitimo iudicio¹⁶ debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit.*

Paul. Dig. 2, 14, 27, 6: *nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solueretur, ita pacto quoque conuento de una re non petenda interposito totam obligationem summoueri.*

Paul. D. 6, 1, 6: (von der Wortfassung der Vadimonien handelnd¹⁷): . . . *quamuis et in uasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata uel rutunda, uel pura an caelata si(n)t, quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est. nec ita coartanda res est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, . . .*

¹⁵) Noch ein Beispiel: Paul. Dig. 2, 14, 27, 7: *Sed si generaliter mihi hominem debeas et paciscar, ne Stichum petam: Stichum quidem petendo (petenti? vgl. Paul. D. 46, 3, 50) pacti exceptio mihi opponetur, alium autem hominem si petam, recte agam.*

¹⁶) S. oben S. 9 N. 4.

¹⁷) S. Rudorff Zeitschrift f. R. G. Bd. IV S. 64 N. 109, Lenel Edictum S. 66.

Ulp. D. 46, 3, 57, 1: *Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solui non potest, quamvis ante litem contestatam posset.*¹⁸

Wie das *tempus quo agitur*, so bezeichnet auch das *tempus quo petitur* den Zeitpunkt der Processbegründung bei Gai. D. 22, 1, 19, 1:

Iter quoque et actus si petitus sit, uix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petisset ire agere non prohiberetur

Papinian D. 22, 1, 2: *Uulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.*

Paul. D. 44, 1, 4: *In pupillo, cui soluta est debita pecunia sine tutoris auctoritate, si quaeratur, an doli exceptione sum-moueri debeat, illud tempus inspicitur, an pecuniam uel ex ea aliquid habeat, quo petit.*

Paul. D. 22, 1, 10: *Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet: quem non deberet restituere, si, cum mater peteretur, iam natus fuisset, . . .*

Besonders wichtig ist es, hier wieder festzustellen, dass einerseits die Vorbereitung des Processes bis zur Streit-befestigung noch kein *petere* im technischen Sinn, andererseits die *petitio* abgeschlossen ist, sobald die Parteien Lis contestirt haben. Ersteres hebt Paulus, Labeo folgend, in l. 15 D. r. r. (46, 8) mit grossem Nachdruck hervor. Unter dem *petere*, wie es die *Cautio amplius non peti* vorsieht, sei das *iudicio*¹⁹

¹⁸) Vgl. ferner die in meinen R. Processgesetzen Bd. II S. 33 N. 16 angeführten Stellen.

¹⁹) S. oben S. 9 N. 4.

petere zu verstehen. Davon aber könne nicht die Rede sein vor dem wirklichen Beginn des Processes (*iudicium coeptum*²⁰), d. h. vor der Streitbefestigung. Habe der Ansprecher den Gegner ins Jus vocirt und Vadimonium²¹ empfangen, so dürfe man von ihm nur sagen: *petere uult*, nicht: *petit*. Demgemäss spricht Paulus in l. 6 in f. D. r. v. (6, 1) vom *fundum petiturus*²², und belehrt uns Ulpian in l. 16 § 3 D. de bon. lib. (38, 2), dass das grossjährige Patronschild nach dem Edict²³, welches den²⁴ ausschliesst, *qui libertum paternum in seruitutem petierit*, sein Recht auf die *bonorum possessio c. t. liberti* nicht verloren habe, wenn es *ante litis contestationem destitit*; denn:

petisse in seruitutem non uidetur.

Das Zweite, den Abschluss der *petitio* mit der Annahme der Processformel, bekunden u. A. Julian-Sabinus Dig. 12, 1, 22:

*Unum, quod mutuum datum erat, per iudicem*²⁵ *petitum*

²⁰) Vgl. Wlassak Litiscontestatio S. 56 N. 3, R. Processgesetze Bd. II S. 32—34, auch die Uebersetzung der l. 15 D. cit. in den Bas. 9, 11, 15.

²¹) S. Wlassak Litiscont. S. 42, Lenel Paling. I p. 1168 N. 2.

²²) S. oben S. 13 N. 17.

²³) Vgl. Ulp. l. 14 pr. D. de b. l. (38, 2), Rudorff Edictum § 156, Lenel Edictum § 153.

²⁴) Genaueres bei A. Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus S. 45, 46, Leist-Gluck Ser. d. Pandektenb. 37, 38 IV. S. 511, 512.

²⁵) Diese Worte haben nicht die Bedeutung von *apud iudicem*; vielmehr steht *per iudicem petere* dem *iudicio petere* (oben S. 9, N. 4) gleich. Allerdings hebt die von Julian gebrauchte Phrase blos das eine Hauptstück der Processformel und der Streitbefestigung (das „*T. iudex esto*“, die Richterbestellung) hervor. Nahe verwandt ist *iudicium accipere sub uno iudice*; s. meine Röm. Processges. Bd. II S. 79—83, 285, 286. Wegen der Richterbestellung, die im Schriftformelverfahren mit der Streitbefestigung zusammenfällt, vgl. R. Processg. Bd. II S. 39 N. 30, S. 197 N. 18.

est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, (si dictum non esset, quanti tunc fuisset,) cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, si conuenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

Gaius in seinen Inst. III. 181, in den Dig. 22, 1, 19, 1 (S. 14) und 13, 3, 4: *Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, . . . tanti litem aestimandam* Cassius ait, *quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil conuenit, quanti tunc cum iudicium acciperetur. idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil conuenit, is locus spectetur, quo peteretur. . . .*

Paul. D. 12, 1, 31, pr.: *Cum fundus uel homo per conditionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.*

Ulp. D. 13, 3, 3, zur *condictio triticaria*: *In hac actione si quaeratur, res quae petita est cuius temporis aestimationem recipiat, . . .*

Ulp. D. 46, 3, 57, pr.: *Si quis stipulatus fuerit 'decem in melle', solui quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit et²⁶ petita decem fuerint, amplius mel solui non potest.*

Um aus den hier und auf Seite 12—15 vorgeführten Stellen den klassischen Begriff der *petitio* abzuleiten, um insbesondere die Grenze zu finden, wo das *petere* aufhört, braucht der

²⁶) Damit will Ulpian nichts Neues vorbringen. Wenn er zur *actio* die auf *decem* gerichtete *petitio* hinzufügt, so soll der erste Ausdruck nur genauer durch den zweiten bestimmt werden.

Leser nur die Zeitformen²⁷ zu beachten, in denen das Verbum erscheint. Ueberall handelt es sich um Fragen, die nach der Litiscontestatio, doch vor der Urteilsfällung auftauchen. So wenig es zweifelhaft ist, dass der Kläger seine Rechtsverfolgung im Schwurgerichte fortsetzt, so sicher gehört doch diese Thätigkeit nach der Sprache der Juristen nicht mehr zum *petere*. Die *petitio* ist vorher bereits erledigt; sie ist eben durchaus nichts Anderes als die Streitbefestigung, diese aber nichts Dauerndes, sondern das Werk eines Augenblicks, kaum begonnen, schon vollendet.

III.

In der vorstehenden Darlegung, in der Alles den Quellen, Nichts dem Schreiber dieser Zeilen gehört, und die doch unvermeidlich war, ist die Erklärung der zwei Formelpaare bei Gai. IV. 83 mit enthalten. Nichts wesentlich Neues ergibt sich hinsichtlich der Cognitorenbestellung, die mit den Worten *quod agere uolo, quia agere . . . uis* erfolgte. Hatte Huschke¹ von diesen Formeln behauptet, dass sie Anwendung fanden, „wenn man noch nicht vor dem Praetor erschienen war, sondern der Cognitor auch schon in Jure für den Principal auftreten sollte“, so braucht man blos das Erstere wegzustreichen, um ungefähr das Richtige zu erhalten. Offenbar kommt es darauf nicht an, ob und wie viel der Vollmachtgeber² in Jure

²⁷) In l. 22 D. cit. (12, 1) mag das *petitum est* am Anfang mehrfache Deutung zulassen; von dem zweimaligen *petitum esset* am Schlusse gilt dies nicht; eben so wenig von den übrigen Stellen.

¹) S. oben S. 5 N. 8.

²) Ist auch der *iussus* ursprünglich (s. Pernice *Labeo* Bd. I S. 504—514, Mandry *Familiengüterrecht* Bd. II 554—573) und selbst so,

oder aussergerichtlich mit dem Gegner selbst verhandelt hat. Mochte die Sache bis zur Streitbefestigung gefördert oder noch weit entfernt sein von diesem Ziel, in beiden Fällen war doch nur die Formel: *quod agere uolo* anwendbar, wenn die Ernennung des Vertreters dem Abschluss des Processvertrags vorausging. *Agere* deutet eben auf keinen anderen Act hin, als auf die förmliche Litiscontestatio. Da diese an die praetorische Gerichtsstätte gebunden war, so tritt der Cognitor, der hier in Frage steht, notwendig in Jure auf: spätestens bei der Streitbefestigung, vielleicht schon in einem früheren Abschnitt des Verfahrens, mithin jedenfalls als Actor, häufig auch als Postulant.³

Viel schwieriger ist es, genau zu sagen, wie weit die Vorbereitung des Processes gediehen sein muss, damit ein Cognitor bestellt werden könne. Die Formel in der bei Gaius aufbehaltenen Fassung legt den Gedanken sehr nahe, von diesem Erforderniss durchaus abzusehen. Oder sollten die Sprüche von unserem Autor unvollständig überliefert sein? Gewiss ist so viel richtig, dass Gaius oder erst die Veroneser

wie ihn die Pandekten regeln, nicht geradezu unsere Vollmacht, so weist er doch häufig alle wesentlichen Merkmale der letzteren auf. Zumal beim Cognitor in rem domini, dessen Berechtigung und Verpflichtung durch die L. C. nur „formell“ ist (s. Wach bei Keller Civilpr. § 61 N. 716^a), hat es m. E. keinen Sinn, den Ausdruck „Vollmacht“ zu vermeiden; anders Eisele Cognitur S. 129 N. 81, S. 136. Vgl. noch Mandry a. a. O. S. 571—573, M. Rümelin Stellvertretung S. 109, 110.

³) Worin das *postulare* besteht, zeigt Ulp. Dig. 3, 1, 1, 2 u. 3; wegen des *agere* s. oben S. 7—12. Kellers Lehre von der Litiscontestatio hat auch hier die klare Einsicht (vgl. z. B. Savigny System Bd. II S. 215, Karlowa Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. IX S. 221, Lenel Edictum S. 75 N. 5, Padelletti-Cogliolio Storia del dir. rom. p. 585 — ed. II, Hruza a. a. O. S. 5, 19—21 u. A.) unmöglich gemacht. Ist es der Praetor, der durch Uebergabe der Formel die Lis contestirt, so be-

Handschrift ein unentbehrliches Wort unterschlägt.⁴ Allein dieses Wort: der Name des Cognitors, scheint so selbstverständlich, dass die Weglassung im Hinblick auf den *L. Titius* und *P. Mewius* der voranstehenden Formeln begreiflich ist und nichts zu bedeuten hat. Dagegen wäre Gaius dem Vorwurf schwerer Nachlässigkeit ausgesetzt, wenn er sonst noch wesentliche Stücke unterdrückt hätte. Einstweilen nehme ich das nicht an; vielmehr finde ich selbst darin Absicht der alten Formularjuristen, dass es im ersten Formelpaar heisst: *tibi cognitorem do*, im zweiten blos *cognitorem do*. Während die Bestellung dort — bei stricter Auslegung — nur für die Person des *aduersarius* Geltung hatte, mochte hier der Cognitor bevollmächtigt sein wie dem Gegner, so auch einem allenfalls später ernannten Vertreter gegenüber. Ist aber die Ueberlieferung zuverlässig, so scheint es statthaft gewesen zu sein, einen Anwalt *ad litem futuram* zu ernennen, sobald nur die Möglichkeit eines Streits in Sicht gekommen war. Demnach läge in dem Spruche: *quod ego tecum agere uolo* etc. die Erteilung einer ganz allgemeinen Vollmacht zum Agiren mit einer bestimmten Person oder mit deren Vertreter.

So sehr sich diese Aufstellung durch Klarheit empfiehlt, so stehen ihr doch erhebliche Bedenken entgegen, vor Allem

steht das ganze Verfahren in Jure — von den Cautionen abgesehen — im Postuliren (Anträge stellen und abwehren). Darnach wären z. B. Personen unter 17 Jahren nach dem Ed. Dig. 3, 1, 1, 3 processunfähig, während doch die Quellen oft genug selbst Unmündige in eigener Person (mit dem Vollwort des Tutors) die Streitbefestigung vollziehen lassen. Auf das Vadimonium (also Vorbereitung des Verfahrens) der Vertreter wird mit Recht Paul. D. 50, 17, 110, 1 bezogen von Rudorff Edictum § 21 N. 2 und Lenel Edictum S. 66 N. 2; vgl auch Cic. p. Rosc. com. c. 13 § 38.

⁴) S. Karlowa Legisactionen S. 359 N. 2.

eine Entscheidung des Paulus in Betreff der Vollmacht eines *actor municipum*. Von einer solchen handelt der Jurist in den Dig. 3, 4, 6, 1:

. . . *si ita decreuerint* (scil. *decuriones*), *ut quaecumque incidisset controuersia, eius petendae* (Mommsen: *eis, petendi*) *negotium Titius haberet, ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit uideri de ea re, quae adhuc in controuersia non sit, decreto datam persecutionem.*

Den inneren Wert der von Paulus⁵ gegebenen Begründung möchte ich keineswegs hoch anschlagen; für uns aber kommt die Stelle in Betracht, weil sie wohl ähnlich lauten müsste, wenn sie vom Cognitor spräche statt vom *actor municipum*, und weil es zu gewagt wäre, in der Entscheidung eine Sonderansicht des Verfassers zu finden, die anderen Juristen missfallen hätte. In der That ist es auch nicht notwendig, Gai. IV. 83 so auszulegen, dass sich ein Widerspruch mit l. 6 D. cit. ergibt. Setzt man eine erste Verhandlung voraus, der sich die Bestellung des Cognitors noch in Jure anschliesst, so erhalten die Worte: *quod ego tecum agere uolo* sofort beschränkteren Sinn durch die Beziehung auf den bereits ausgebrochenen Zwist. Willkürlich aber wird man diese Unterstellung nicht schelten dürfen; denn Gaius nennt die Vollmachtgeber *actor*⁶ und *aduersarius*, gebraucht also Bezeichnungen, die auf „*ea res*“, auf eine schon vorhandene *controuersia* (Paul. l. 6 § 1 D. cit.⁷ — nicht: *lis*) hinweisen.

⁵) Vgl. Jhering Der Besitzwille S. 269—300.

⁶) *Actor* ist hier der, *qui causam agit* (s. Ulp. Dig. 2, 4, 2), während *actor* im engeren Sinne nur der Ansprecher ist, der die *Lis* contestirt oder contestirt hat (so regelmässig Gai. Inst.).

⁷) Dazu hauptsächlich Ulp. D. 5, 3, 25, 7, ferner O. Bülow De praeiudicialibus exceptionibus p. 24 n. 57.

Uebrigens war es den Parteien gewiss nicht verwehrt, in die Formel mit *uolo*, *uis* mehr oder minder genaue Bestimmungen einzufügen. Bekanntlich bezeugt ja Ulpian (Vat. Fr. 318) ausdrücklich die Zulässigkeit von Zusätzen, und er wie African⁸ geben uns auch Beispiele. Dieser gedenkt in l. 78 § 1 D. de proc. (3, 3) eines Cognitors⁹ *ad duas res petendas datus*, jener in l. 15 § 1 eod. eines eben solchen Vertreters *ad communi diuidendo iudicium*¹⁰ *datus*. Was wir bei Gaius lesen, ist wohl ein Spruch, der gar nicht unbestimmter lauten konnte, sollte er nicht unstatthaft werden, und der andererseits das feste Gerippe darstellt, welches die Parteien in mannigfacher Weise ausfüllen konnten. Unergänzt dürfte das *agere uolo* kaum anderswo als in Jure nach der ersten Formeledition (Ulp. D. 2, 13, 1, pr.) zulässig gewesen sein. Ohnehin mochten die meisten Ernennungen von Cognitoren vor dem Praetor stattfinden¹¹ und zur Erinnerung für diesen in den Akten der betreffenden Sache verzeichnet werden. Für die weitere Behauptung, dass überhaupt jede *cognitoris datio* an die Gerichtsstätte gebunden war, fehlt es meines Erachtens an zureichenden Gründen¹².

Zuletzt ist noch ein Punkt zu erörtern, der anscheinend der Aufklärung bedarf: das *ego agere (petere) uolo* im Munde

⁸) Vgl. noch Paul. D. 3, 3, 42, pr. §§ 1, 4, 5, Lenel Pal. I p. 977, 978, und wegen Ulp. D. 3, 3, 56 unten S. 23 N. 15.

⁹) S. Eisele Cognitur S. 217, 218.

¹⁰) Dass Ulp. einen zur Vornahme der Litiscontestatio bestellten Cognitor im Auge hat, zeigen die folgenden Worte: *ad agendum item et ad defendendum uidebitur datus*, und sehr deutlich das pr. der Stelle. Vgl. im Uebrigen Keller Litiscontestatio S. 325, 326 N. 4.

¹¹) Vgl. zu Gai. IV. 124 O. Bülow Processeinreden S. 38 N. 16, Wach zu Keller Civilpr. § 52 N. 614.

¹²) Wegen der Interpr. zum C. Theod. 2, 12, 7 s. unten S. 31 z. N. 15.

einer Person, die nach der oben (S. 18) vertretenen Ansicht den Streit gar nicht selbst befestigen, nicht selbst „agiren“ oder „petiren“ will. Welche Bewandtniss es damit hat, ersehen wir leicht aus einer Phrase, die gleiche Aufmerksamkeit verdient hätte, wie das neuerdings sorgfältig geprüfte¹³ *alieno nomine* und *pro alio agere*. Während sich diese Wendungen auf die Thätigkeit der Cognitoren, Procuratoren und anderer Anwälte beziehen, wird auch vom Principal gesagt: *agit*, u. z. *per alium agit*. Mit besonderer Vorliebe gebraucht Gaius die letztere Phrase, allerdings nur dort (Inst. IV. 97, 98, 124), wo ein Cognitor den Process begründet. Dass dieselbe Ausdrucksweise schon zur Zeit Ciceros bekannt war, zeigt c. 18 § 53 der o. pro Rosc. com., wo dem Cognitor der Kläger gegenübersteht, *qui per se litigat* und — was dasselbe ist — *qui per se litem contestatur*. Das *agere* durch (*per*) Procuratoren findet sich bei Cic. ad. Att. IV. 16 § 15 und im Text eines praetorischen Edictes (Vat. Fr. 322, 323), welches nicht unterscheidet zwischen dem „Agiren“ in der Rolle des Klägers und des Beklagten¹⁴. Letzteres ist besonders hervorzuheben, weil zwar die Thätigkeit des Defensors wie des Cognitors, nicht aber die des Procurators auf der Klägerseite unmittelbare Wirkung für den Vertretenen hatte. Daher kann es nicht völlig genügen, wenn man sagen wollte: die Consumptionswirkung der „Action“ sei mit aufgenommen in den Begriff des *agere*, und daraus erkläre es sich, dass dem Geschäftsherrn das „Agiren“ seines Vertreters als eigenes zugerechnet wird. In der That ist die Rechtssprache noch weiter gegangen, da sie selbst die Handlung eines Pro-

¹³) Von Rümelin Z. Geschichte der Stellvertretung S. 11 — 17, Hruza Ueber das lege agere pro tutela S. 15 — 21.

¹⁴) Vgl. Ulp. Dig. 5, 1, 63: *Recte defendi hoc est iudicium accipere uel per se uel per alium*.

curators auf den Principal überträgt, welche für diesen weder einen Rechtsverlust noch die Befreiung von einer Haftung zur Folge hatte. Für unseren Zweck dürften diese kurzen Bemerkungen hinreichen. Wir wissen jetzt, dass es dem römischen Sprachgebrauch keineswegs zuwiderläuft, wenn der Vollmachtgeber bei der Cognitorenbestellung sagt: *quod ego tecum agere uolo*, obgleich er nicht selbst zu handeln gedenkt, sondern ein Anderer für ihn den Processvertrag schliessen soll. Wir haben es eben zu thun mit der Ankündigung einer zwar eigenen, doch nur mittelbaren Action, mit der Ankündigung des *agere uelle per cognitorem*.

Es bleibt noch übrig, mit ein paar Worten unser Urtheil über die Formeln: *quod agere uolo*, *uis* zusammenzufassen. Keller hat sie „generell“ genannt und damit zwar nicht das Wesentliche getroffen, doch etwas Richtiges ausgesagt. „Generell“ sind die beiden Formeln selbst unter der Voraussetzung, dass es unmöglich war, dem Titius Vollmacht zu geben für alle Streitigkeiten mit Numerius, deren Ausbruch zur Zeit nur befürchtet wird. Ein Zwist musste anscheinend schon vorliegen in dem Augenblick, wo die Cognitur bestellt wurde. Nun darf man aber „Streit“ im gewöhnlichen Sinn und „Process“ nicht gleich setzen. Ein Zwist, der vor Gericht auszufechten ist, kann zur Begründung eines Processes, d. h. einer Processobligation mit dieser oder jener Klagformel, zur Begründung einer, vielleicht auch mehrerer¹⁵ Obligationen

¹⁵) Man lese Pomp. D. 3, 3, 62, der allerdings vom Procurator handelt: *Ad legatum petendum procurator datus si interdicto utatur aduersus heredem de tabulis exhibendis, procuratoria exceptio, quasi non et hoc esset ei mandatum, non obstat*, auch Ulp. D. 3, 3, 56 (vgl. übrigens Demelius Exhibitionspflicht § 16), wo der ursprüngliche Text (ob *procurator* oder *cognitor*) nicht erkennbar ist. Wer das oben Dargelegte billigt, wird die *Exceptio cognitoria* Mangels Vollmacht nicht

(*iudicia*) führen¹⁶. War der Spruch so, wie ihn Gaius giebt, nur in Jure nach der ersten *editio actionis* verwendbar, so bezog sich die Vollmacht zwar nur auf das Ausfechten dieser *controuersia*, keineswegs aber bloß auf die Streitbegründung genau mit der edirten Formel; vielmehr konnte diese mannigfache Aenderungen erfahren¹⁷, ohne dass die Vollmacht unzureichend wurde. Nicht anders stand es, wenn der Principal eine Bezeichnung der *controuersia* oder des künftigen Processes in den Vollmachtsspruch aufnahm. Ohne Zweifel war es seinem Belieben anheimgegeben, dem Vertreter grösseren oder kleineren Spielraum einzuräumen¹⁸. Ist aber das Gesagte richtig, so wird es jetzt nicht schwer fallen, alle Abweichungen des zweiten von Gaius mitgeteilten Formelpaars von dem ersten aus dem Gegensatz des *agere (petere) uolo* und *peto (ago)* abzuleiten. Wurde der Cognitor vor der Streitbefestigung gegeben, d. h. also, ehe das Processprogramm endgültig feststand, oder gar zu einer Zeit, wo noch kein Entwurf vorlag, so war es geboten oder doch zweckmässig, die Vollmacht weiter zu fassen, weil der Anwalt sonst Gefahr lief, bei jeder unvermuteten Wendung zurücktreten oder um Ergänzung seiner Vollmacht ersuchen zu müssen, was allen Beteiligten Nachteil gebracht hätte.

anzweifeln; s. O. Bülow Processeinreden S. 38, 39, Eisele Cogn. S. 215 bis 218, Lenel Edictum S. 401.

¹⁶) S. Wlassak R. Processgesetze II S. X, S. 35 N. 20, S. 77, 280, 357, 364.

¹⁷) Vgl. Sev.-Ant. Cod. J. 2, 1, 3, dazu meine Litiscontestatio S. 45, 52.

¹⁸) Daher ist es zum Mindesten ungenau, wenn Manche: Puchta Instit. Bd. I § 156 z. N. q (S. 453), Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II S. 71, Eisele Cognitur S. 61 allgemein sagen, der Cognitor sei ernannt „für diesen Rechtsstreit“, „für einen speciellen Process.“

IV.

Einen Cognitor, der zur Streitbefestigung (*ad iudicium*)¹ vor dem Praetor erscheint oder auch früher an der Vorbereitung des Processes teilnimmt, setzen die klassischen Juristen in aller Regel voraus. Ohne Zweifel war diese Art der Cognitur zu ihrer Zeit und vermutlich bereits gegen das Ende der Republik die weitaus vorherrschende. Dennoch war sie m. E. nicht die ursprüngliche und gewiss nicht die einzige. Unmittelbar erwiesen wird dies durch das erste Formelpaar bei Gaius und bestätigt durch einige Äusserungen, die anspielen auf die Zweiteilung der Cognitur.

Haben wir im Vorigen einen Vertreter kennen gelernt, welcher statt des Geschäftsherrn die *Lis* contestirte, der, mit anderen Worten, den Act setzte, womit der Process begann², so kann ein von ihm wesentlich unterschiedener Cognitor nicht wohl anders gedacht werden, als mit der Aufgabe, den vom Principal selbst schon begründeten Process fortzusetzen. Nun soll aber nach Gai. IV. 86 der Vertreter in der *Condemnatio* der Klagformel genannt sein. Nach der Streitbefestigung ist anerkannter Massen eine Aenderung des Formeltextes nicht mehr zulässig, ausser im Weg der Translation. Mithin musste die Processurkunde den Namen des Cognitors schon zu der Zeit enthalten, wo sie vom Praetor genehmigt und zwischen den Parteien förmlich angenommen wurde. Daraus folgt wieder, dass der Cognitor *coram aduersario* keinesfalls später als im Augenblick der *Litiscontestatio* bestellt sein kann. Andererseits soll er nicht mit den Worten *quod agere uolo*, also nicht vor der Processbegründung gegeben sein. Unser Ergebniss wäre demnach: die Not-

¹) S. Wlassak Röm. Processgesetze Bd. II S. 42 — 47.

²) Belege in meiner *Litiscontestatio* S. 56 N. 3.

wendigkeit der Bestellung im Zeitpunkt der Streitbefestigung selbst.

Vergleicht man nun die Worte, welche Gaius an erster Stelle dem Ansprecher und dessen Gegner in den Mund legt, so empfängt das hier³ zunächst hypothetisch Dargelegte die denkbar stärkste Beglaubigung durch ein Zeugnis, welches ebenso unzweideutig wie unanfechtbar ist.

Quod ego a te fundum peto, . . .

Quia tu a me fundum petis, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do,

so können die Parteien augenscheinlich nur während des Actes der Streitbefestigung, daher auch nur auf der Gerichtsstätte vor dem Praetor gesprochen haben. Steht doch überall das Praesens, womit die Gleichzeitigkeit des *petere* und des *cognitorem dare* ausgedrückt ist. Wäre die Streitbefestigung, d. h. das *petere* schon vollendet in dem Augenblick, wo der Cognitor gegeben wird, so hätte der Spruch, auch wenn er sofort nachfolgte, lauten müssen:

Quod ego a te fundum petiui, . . . Quia tu a me fundum petisti, in eam rem . . . cognitorem do

während im Fall der Umkehrung der Reihenfolge nur die zweite von Gaius mitgeteilte Formel (*Quod . . . petere uolo . . . Quia . . . petere uis . . . cognitorem do*) als Muster dienen konnte, selbst dann, wenn sich die beiden Handlungen unmittelbar aneinander schlossen.

Dieser Punkt wird hier absichtlich betont, weil es gilt, die wiederholt verteidigte Ansicht⁴ zurückzuweisen, dass der Spruch: *quod fundum peto* aus dem Verfahren mit Legis-

³) Angedeutet ist es in meinen Processgesetzen Bd. II S. 33 N. 16, S. 49 N. 61.

⁴) S. oben S. 5 N. 8, S. 6 N. 13.

actionen herstamme. Es liegt auf der Hand, worauf sich die eben geäußerte Ablehnung gründet. Die Gleichzeitigkeit der mündlichen Vollmachtserteilung und der Streitbefestigung war eben im alten Legalverfahren eine bare Unmöglichkeit. Natürlich hätten die Parteien nur das Eine nach dem Anderen aussprechen, also die *Litiscontestatio* nur als zukünftig oder vollendet hinstellen können, nie als etwas Gegenwärtiges. Letzteres ist anders gar nicht denkbar, als bei einer Gestaltung des Processvertrages, die Raum lässt für einen begleitenden, nicht zum Acte selbst gehörigen Spruch. Diese Voraussetzung trifft wirklich zu bei der gewöhnlichen⁵ Form der praetorischen und Aebutisch-Julischen Streitbefestigung. Hier stand Nichts im Weg, die beiden Geschäfte im selben Augenblick zu vollziehen; zur Hingabe wie zur Annahme der Processformel konnte sich der Spruch gesellen, der die Vollmacht erteilte. Uebrigens werden wir nach dem oben Bemerkten noch weiter gehen und sagen dürfen, dass die Gleichzeitigkeit der beiden Acte durch die Lage der Dinge geradezu geboten war. Lautete nämlich die *Condemnatio* der Streiturkunde auf einen anderen Namen, als auf den eigenen des Litiganten, und war das Subject der *Condemnatio* in keiner Weise als *Cognitor* bezeichnet (s. Gai. IV. 86: *L. Titio*), so musste der Dritte spätestens im Zeitpunkt der *Litiscontestatio* zur Processführung ermächtigt werden, damit sich der Widerspruch auflöse, den das Hauptgeschäft darwies. Ich meine also: die Rede des Klägers (ebenso des Beklagten), der die Uebergabe der Urkunde mit den Worten begleitet: *quod peto . . . L. Titium cognitorem do* stellt sich dar als etwas sehr Natürliches, was man nach der Sachlage ohne Weiteres erwarten musste.

⁵) Vgl. meine *Litiscontestatio* S. 33, 53, 59.

In dem Cognitor, dessen Bestellung gleichzeitig mit der Litiscontestatio erfolgt, dürfte der schon von Anderen gesuchte Processführer, der blos vor dem Geschworenen verhandelt, gefunden sein, zwar nicht für die alte Legisactio, doch für das Verfahren mit Schriftformeln. Die „älteste Cognitur“, wie sie Eisele schildert, hat meines Wissens keinen Beifall errungen⁶; sie ist ein reines Phantasiestück und schon darum unglaubwürdig, weil die Quellen nur einen im Processprogramm genannten *cognitor* kennen. Dagegen schreiben wir den Römern eine Einrichtung zu, die das scheinbar Unvereinbare verwirklicht: einen Stellvertreter, der durch die Litiscontestatio Processsubject (*dominus litis*) wird, und dessen Aufgabe doch lediglich die Processführung vor dem Geschworenen ist. Was sich aus dieser Beobachtung für die Geschichte der Cognitur ergibt, das soll später angedeutet werden. Vorerst sind die Merkmale aufzuzählen, wodurch sich der hier in Frage stehende Cognitor von dem früher (S. 17—24) besprochenen unterscheidet. Die Namen, welche die beiden Spielarten in Rom führten, lassen sich nur zum Teil mit voller Sicherheit ermitteln. Hatte Jemand Vollmacht für einen Anderen den Processvertrag abzuschliessen, so hiess er *cognitor ad agendum* (Ulp. D. 3, 3, 8, 1) oder *petendum datus* (Ulp. D. 12, 2, 9, 6), sofern er angreifen sollte; hingegen *c. ad litem suscipiendam* (Ulp. D. 3, 3, 8, 3) oder *ad defendendum datus* (Vat. Fr. 317), wenn er zur Abwehr bestellt war⁷. Nun setze ich dem Vertreter „zur Begründung

⁶) Vgl. statt Aller Hölder in d. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXIV S. 17—23, M. Rümelin a. a. O. S. 79—92. Im Vorbeigehen billigt A. S. Schultze Privatrecht u. Process I S. 504 Eiseles Ansicht.

⁷) In den oben beispielsweise angef. Stellen haben die Digesten *procurator* statt des ursprünglichen *cognitor*; s. Keller Litiscont. S. 325, Eisele Cogn. S. 90, Lenel Paling. I p. 448.

des Streits“ entgegen den bloß „zur Processführung“ berufenen. Die Römer nannten ihn vielleicht *cognitor ad litem exercendam* (oder *peragendam, exequendam*⁸⁾ *datus*, ohne die Parteistellung besonders hervorzuheben. Gestützt auf Scaev. Dig. 46, 8, 5 könnte man auch an *litem persequi* denken; doch wäre wohl dieses⁸ Wort nur für den Vertreter auf der Klägerseite gebraucht worden. Dass *litem exercere* die hier angenommene Bedeutung hatte, zeigt sehr deutlich das Atestiner Gesetzfragment Z. 8, 9⁹, ferner Paul. Dig. 4, 8, 32, 9 und 34, 3, 30.

Hält man die beiden Cognituren zusammen, so ergeben sich nebst den durch die gewählten Namen schon bezeichneten Unterschieden weiterhin folgende. Soll der Cognitor bloß Processführer sein, so muss er vor dem Praetor bestellt werden, soll er den Process begründen, so kann er auch ausserhalb der Gerichtsstätte gegeben werden. Im ersteren Fall ist er immer nur ermächtigt zur Führung eines bestimmten Processes, im letzteren hat er meist eine allgemeiner gefasste Vollmacht. Dort besteht sein *dominium litis* von vornherein in Folge des vom Principal geschlossenen Vertrags; hier erwirbt er es kürzere oder längere Zeit nach¹⁰ der Bestellung durch eigene Handlung. Erst vom Zeitpunkt der Litiscontestatio an gelten für diesen und jenen Vertreter

⁸⁾ Dafür Neraz Dig. 44, 4, 11, pr., Scaev. D. 36, 1, 78 (80), 15, Ulp. D. 47, 10, 17, §§ 14, 19, 22; doch ist das Wort (ebenso *persequi*, s. Paul. D. 50, 17, 87) zweideutig, s. Paul. D. 45, 1, 85, pr., Ulp. D. 47, 1, 3.

⁹⁾ Bruns-Mommsen Fontes p. 100 (ed. V.): . . . *iudicia data erunt* (die Genehmigung des Beamten), *iudicium fieri* (die Streitbefestigung) *exerceri* (die Processführung) *oportebit*. Ueber *iudicium fit* vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 39, 40, 47, 56 N. 10, S. 228, 236.

¹⁰⁾ Unzutreffend Lenel Edictum S. 75 N. 5.

die nämlichen Grundsätze. So konnte z. B.¹¹ dem Cognitor *ad litem exercendam* die Vollmacht immer nur mit Zustimmung des Praetors entzogen werden¹², hingegen dem *ad agendum* berufenen ohne Weiteres, so lang der Streit nicht befestigt war¹³.

Zu eingehender Erörterung dürfte nur ein Punkt Anlass bieten: der Eintritt in das Processverhältniss Seitens einer Person, die den Processvertrag nicht selbst zu Stande bringt. Nach dem Berichte von Gaius (IV. 83) setzt die Bestellung zum Cognitor die Anwesenheit des zu Bevollmächtigenden nicht voraus. Das Geschäft der Ernennung war gewiss fertig mit der Beendigung des Spruches *coram aduersario*. Allerdings unterscheidet Gaius l. c. den *cognitor datus* von dem, der *cognitor est*, wozu die Uebernahme des *officium* gehöre; und ähnlich äussert sich Paulus¹⁴, wenn er die „Ratihabition“ des in Abwesenheit Bestellten verlangt. Hiebei dürfte aber vornehmlich an das zwischen dem Principal und dem Vertreter zu begründende Mandatsverhältniss gedacht sein, welches natürlich ohne Einwilligung des Cognitors nicht entstehen konnte. Lehnte dieser die ihm zugemutete Verrichtung ab, so erklärte er zweierlei: dass er den Auftrag nicht annehmen, und dass er keinen Gebrauch machen wolle von der gültig erteilten Vollmacht.

¹¹) Weiteres (über das Substitutionsrecht des Vertreters und die Frage, wie der Tod des Principals wirkt) bei Wach in Kellers Civilprocess § 61 N. 716a. Besonderes gilt, wenn der Vollmachtgeber bereits *Cautio iudicatum solui* geleistet hat: s. Ulp. D. 3, 3, 15, pr., Bethmann-Hollweg Versuche S. 160 N. 35, Eisele Cogn. S. 52, 53.

¹²) S. die Belege bei Lenel Edictum § 28.

¹³) S. Paul. Dig. 3, 3, 16, Lenel Paling. I p. 979.

¹⁴) Dig. 3, 3, 2, dazu Keller Litiscontestatio S. 325. Eisele Cogn. S. 43, 44 kann ich nicht durchaus zustimmen.

Hinsichtlich des Anwalts *ad agendum* ist dem Gesagten kaum etwas beizufügen. Weitere Fragen aber tauchen auf im anderen Fall, wenn der Vollmachtgeber selbst die *Lis* contestirt und den Vertreter hiedurch zum *dominus litis* gemacht hat. War das überhaupt möglich in Abwesenheit des letzteren? Gaius scheint keinen Zweifel zu haben, da er allgemein bemerkt: *nec interest praesens an absens cognitor detur*. Freilich denkt unser Gewährsmann in den Institutionen fast ausschliesslich an den Cognitor *ad agendum*, und auf diesen allein, der unmittelbar vorher genannt ist, könnte man vielleicht seine Äusserung beziehen. Zur Unterstützung dieser an sich misslichen Deutung wäre Isidor Differ. I. (18) 123 anzuführen:

*Cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur*¹⁵, und Paul.-Fest. p. 57, sofern man folgenden Text billigt:

*Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo cui*¹⁶
datus est.

Natürlich ist auf so unsicheren Grundlagen nicht wohl fortzubauen. Gegen Gaius vermag Isidor nicht aufzukommen; daher ist das Erforderniss der Praesenz für die Hadrianische Zeit mindestens zweifelhaft; nur dem älteren Recht kann es mit grösserer Wahrscheinlichkeit zugesprochen werden¹⁷.

¹⁵) Rudorff R. Rechtsgeschichte Bd. II S. 70 N. 15 wirft Isidor und der Interpr. zum Cod. Th. 2, 12, 7 (wo Bestellung *praesente iudice* verlangt ist) Verwechslung mit dem Procurator *praesentis* u. *apud acta* vor, Eisele Cognitur S. 222 will beide Äusserungen aus dem spätkaiserlichen Recht nach dem J. 382 erklären; vgl. aber Eisele selbst S. 84 N. 53a.

¹⁶) Handschriftlich ist *coram ab eo cui* überliefert; Mommsen bei Bruns Font. p. 334 n. 7 (ed V.) will schreiben: *coram eo a quo*; vgl. auch Buchholtz Vaticana Fragmenta p. 338 n. 17 (1828).

¹⁷) So Zimmern Rechtsgeschichte Bd. III S. 470, Bruns Quid conf. Vat. fr. p. 35, Drewcke a. a. O. p. 4, Karlowa Legisactionen S. 357,

Wie dem auch sei, ohne vorherige Einwilligung des *ad litem exercendam* zu bestellenden Cognitors wird kaum jemals eine Streitbefestigung stattgefunden haben. Handelte es sich um die Uebernahme der Klägerrolle, so war es für den Principal ein Gebot der Vorsicht, den consumirenden Processvertrag erst abzuschliessen, wenn feststand, dass sich der Dritte der ihm zugewiesenen Aufgabe unterziehen werde. Allerdings war Translation möglich, allein nur mit Zustimmung des Magistrats¹⁸. Sollte umgekehrt der Vertreter Passivsubjekt der Condemnatio werden, so musste verständiger Weise der Praetor die Genehmigung der cognitorischen Formel verweigern, wenn ihm die Einwilligung der darin genannten Person nicht nachgewiesen war. Knüpften sich auch keine ernststen Folgen an die Verurteilung des Cognitors, weil die Judicatsschuld auf den Geschäftsherrn übertragen wurde¹⁹, so wäre doch den Römern schon die Möglichkeit eines Geschworenenspruchs wider Personen, die dem Processprogramm nicht zugestimmt hatten, als etwas Unerhörtes erschienen. Dagegen lag in dem Umstand, dass auf Grund des blossen Beitritts zur Streitbefestigung des Principals ein Urteil für und wider den Vertreter ergehen konnte, keine grössere Anomalie als in der Gewährung der Actio iudicati für und gegen Personen, welche den Process nicht selbst begründet hatten.

Am wenigsten dürfte man unserer Annahme mit dem vielbenutzten Fragment von Paulus in den Dig. 44, 7, 11 be-

359; dazu Keller-Wach Civilpr. § 52 N. 614. Bemerkenswert ist hier auch Cassius-Ulp. Dig. 26, 1, 3, 2 (interp., s. Pernice Labeo Bd. I S. 230 N. 84), andererseits Papin. D. 5, 1, 39, pr.

¹⁸) S. oben S. 30 N. 12.

¹⁹) Belege bei Keller Civilprocess § 53 N. 622 (S. 269, 270). Zu weit geht wohl in der Betonung der blossen Organschaft des Cognitors Kuntze Excuse S. 260—262 (2. A.).

gegenen, demzufolge Verträge zu Gunsten Dritter (im w. S.) der Rechtswirkung entbehren. Hat der Jurist überhaupt andere als rein privatrechtliche Verträge im Auge, so wäre doch der Fall der Processobligation, die durch fremde Handlung für den Cognitor erwächst, schon durch den Wortlaut der Stelle ausgenommen, da es am Schlusse heisst:

. . . *et ideo neque stipulari neque emere uendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.*

Zunächst wird wohl daran Niemand zweifeln, dass der Cognitor vor dem Magistrat, indem er den Streit befestigt, immer nur *alieno nomine* agierte. So macht bei Cicero p. Rosc. com. c. 18 § 53, 54 der Cognitor als derjenige, dem das *alteri petere* zusteht, den Gegensatz zu dem, *qui sibi soli petit* und *qui suo nomine petit*, ebenso bei Gai. II. 39 das *experiri . . ex persona (alterius) quasi cognitor* zum (*suo*) *nomine agere*; und in IV. 82 erscheint das *cognitorio nomine a.* als Unterart des *alieno nomine agere*. Was aber in unserer Lehre *suo* und *alieno nomine* bedeutet, das zeigt mit klaren Worten Gai. IV. 86 an:

Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam conuertit.

Demnach ist lediglich die Fassung der Intentio entscheidend; dadurch, dass die Condemnatio den Namen des Cognitors aufweist, erhält das Agiren des Vertreters nicht das Gepräge einer Handlung auf eigenen Namen.

Alle hier angeführten Zeugnisse beziehen sich ausschliesslich oder hauptsächlich auf das technisch sogenannte *agere* und *petere*: auf die Streitbefestigung. Durch diese aber wird der Vertreter *dominus litis*, Subjekt des Processverhältnisses, ähnlich dem Delegatar, der stipulirt und nach Gai. II. 39

fortan *suo nomine* agiren kann. So möchte man fast glauben, dass die *alieno nomine* vollzogene Litiscontestatio dem Vertreter eine eigennamige Processobligation verschafft. Dennoch ist das sicher nicht die Auffassung der Römer. Natürlich lag die Streiturkunde dem Verfahren vor dem Judex in derselben Fassung zu Grunde, die sie im Augenblick der Streitbefestigung hatte. Nannte aber die Intentio, auf die es allein ankommt, nur den Namen des Principals, so war die im Schwurgericht vom Cognitor fortgesetzte Rechtsverfolgung eben so wenig Geltendmachung eines auf den eigenen Namen lautenden Rechtes, wie vorher der Abschluss des Processvertrags in Jure. Gerade hieraus erklärt sich wohl die häufig vorkommende Bezeichnung des Principals²⁰ als *dominus litis*. Letzterer hiess eben so im Hinblick auf die Intentio, der Vertreter dagegen nach dem Text der Condemnatio. Verlangt man endlich ausdrückliche Belege, so sei beispielsweise hingewiesen auf das praetorische Edict in den Dig. 3, 2, 1, welches aus dem Kreis der unbeschränkt Postulationsfähigen nur den ausschliesst:

qui furti . . . suo nomine damnatus . . . erit . . .,

auf Ulp. Dig. 3, 2, 6, 2: *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia: . . .*,

²⁰) Sowohl dem Cognitor wie dem Procurator gegenüber; s. Paul. D. 3, 3, 30, Ulp. D. 3, 3, 31, pr. u. D. 12, 3, 7, Mod. D. 46, 7, 10 (wegen der Interpolation Keller Litiscont. S. 326, 328), Macer D. 49, 9, 2, Marcian D. 20, 6, 8, 2 (vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. II S. 542 N. 1 und jetzt gegen Huschke Z. Pandektenkritik S. 33, 34 H. Krüger Beiträge z. Lehre v. d. exceptio doli I S. 126, 127 — der Text ist schwerlich ganz unverdorben); weitere Belege aus dem Cod. J. bei Wach Hdb. d. deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 559 N. 5, der diesen Sprachgebrauch anscheinend für jünger hält als die Verwendung desselben Ausdrucks für den Vertreter.

Ulp. Dig. 3, 3, 31, pr.: *Si quis, cum cognitorio* (Trib.²¹: *procuratorio*) *nomine condemnatus esset, heres extiterit domino litis: iudicati actionem non recte recusabit*

und auf Neratius Dig. 44, 4, 11, eine Stelle, die von der (procuratorischen) Vertretung auf der Klägerseite handelt:

Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dolus nocere alteri debet. si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in iudicium obicienda sit („ob aus diesem Grund eine Einrede durch nachträgliche Aufnahme in die Formel entgegenzusetzen sei“), *dubitari potest, quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur. et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est.*

Augenscheinlich hält es der Jurist mindestens für ungenau, dem Procurator vor dem Geschworenen eine *executio suo nomine* zuzuschreiben; daher fügt er vorsichtig *quodammodo* hinzu. Am Schlusse aber lässt er den Tutor auch nach der Litiscontestatio *pupilli nomine* auftreten. Der Inhalt des Fragments macht es völlig gewiss, dass Neratius wirklich an diesen Processabschnitt dachte. Hiemit dürfte zugleich festgestellt sein, wie die Römer die Processobligation beurteilten, die für und wider den einwilligenden²² Cognitor aus der Streitbefestigung zwischen Principal und Gegner hervorging. Während die handelnden Personen *suo nomine* agierten, trat der gleichzeitig ernannte Cognitor in ein auf fremden Namen gestelltes Verhältniss ein. Paulus in l. 11 D. cit.

²¹) S. Keller Litiscontestatio S. 326.

²²) Vgl. noch das praet. Edict D. 3, 3, 8, 3: *Cognitorem . . . , pro quo consentiente dominus . . . exposuit . . . cogam.*

(44, 7) hindert uns nicht, dies zu behaupten, da er den Verträgen nur die Wirkung abspricht: *ut alter suo nomine recte agat*.

V.

Auf ein einziges Zeugnis ist die Annahme eines besonderen Cognitors *ad litem exercendam* bisher gestützt worden. Gibt es ausser dieser einen keine andere Nachricht in den Gaianischen Commentarien oder sonst wo? Leicht könnte man sich versucht fühlen, die Phrase *per cognitorem agere* zunächst auf das selbsteigene Agiren mit cognitorischer Formel zu beziehen. Wenn es möglich war, statt *iudicio* („mittels geschriebener Formel“) *petere* zu sagen: *per iudicem petere* (S. 15 N. 25), statt des Ganzen ein Stück (den in der Urkunde erwähnten Richter) zu nennen, so hätten ebenso gut die Worte *per cognitorem* die ganze cognitorische Formel ersetzen können. In der That ist die einstmalige Verwendung der Phrase in diesem Sinn nicht ganz unwahrscheinlich. Vielleicht war der vermutete Gebrauch der ursprüngliche; nachweisen aber lässt sich m. W. blos die zweite, oben (S. 21—23) bereits dargelegte Bedeutung. Zumal für Gaius IV¹ ist die Auffassung, die wir zu Grunde legen müssen, festgestellt durch § 98 in f. und § 124. Dem Juristen kann nur der bekannte Gegensatz des *alieno* und *suo nomine agere* vor-

¹) Nach der Handschrift würde § 97 lauten: *Ac nec si* (Subject: der Geschäftsherr) *per cognitorem agat, (u)lla satisfactio uel ab ipso uel a domino desideratur. Ipse* wäre hier der selbsthandelnde Geschäftsherr, *domino* müsste verschrieben sein statt *cognitore*. Indess haben die Herausgeber mit Recht den Fehler anderswo gesucht. Es ist zu lesen: *agatur*.

schweben, wenn er vom Geschäftsherrn sagt, er agire entweder *per cognitorem* oder *ipse* und *per semet*. In gleicher Weise ist sicher auch Cic. p. Rosc. com. c. 18 § 53² zu verstehen:

Quid interest inter eum, qui per se litigat, et eum, qui cognitor est datus? (ungenau statt: *cognitor datus litigat?*)
Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus. Itane uero? cognitor si fuisset tuus, quod uicisset iudicio, ferres tuum; [cum] suo nomine petit, quod abstulit, sibi [tibi], non tibi [sibi]³ exegit. [?]

Jedem Unbefangenen zeigen diese Worte, dass der Redner den Cognitor kennt, welcher für den Herrn den Streit befestigt⁴ (*litigat*⁵ = *petit* = *l. contestatur*); ausserdem sind sie ein Beleg dafür, dass die Phrasen *per se* und *suo nomine litigare* schon gegen das Ende der Republik das Nämliche anzeigen. Selbstverständlich hatte Cicero l. c. keinen Anlass, auf die Cognitur näher einzugehen. Erwähnt er blos die eine Art, so beweist das nicht gegen das Dasein der anderen. Immerhin ist es denkbar, dass die weit häufigere Verwendung des *cognitor ad petendum* mit ein Grund war, gerade von diesem Vertreter zu sprechen.

Nicht so leicht ist über das Stillschweigen des Gaius wegzukommen, der ausser in IV. 83 nirgends vom blossen Processführer handelt. Nur in IV. 182 steht ein Ausdruck, der wenigstens auf beide Arten mit gleich gutem Recht zu

²) Fruchtlos müht sich Eisele in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVIII S. 196—198 mit dieser Stelle ab.

³) Das in Klammern Eingeschlossene ist von C. F. W. Müller (Adnot. crit. p. XXIV) angenommene Emendation.

⁴) Mithin kann die neuere Cognitur nicht erst durch die Augusteische Gerichtsordnung eingeführt sein, wie Eisele Cogn. S. 76, 77 vermutet.

⁵) S. Gai. IV 30, Wlassak R. Processges. Bd. II S. 31 N. 15.

beziehen ist. Bekanntlich waren nach praetorischen Edicten anrühige Personen der Regel nach von der processualischen Vertretung ausgeschlossen. Nun sagt uns Gaius, sie seien gehindert gewesen, *<pro>curatorio aut cognitorio nomine iudicio⁶ interuenire*. Möglicher Weise ist diese Wendung dem Sprachschatz der *ueteres* entnommen, in deren Zeit unbedenklich — schon Ciceros wegen — beide Arten der Cognitur zu versetzen sind. Erweist sich doch auf den ersten Blick die vom selbstagirenden Herrn *ad litem exercendam* bestellte Anwaltschaft als die ältere Einrichtung, wenn sie verglichen wird mit der Cognitur *ad agendum*.

Einmal ist die erstere an strengere Voraussetzungen gebunden und von beschränkterer Anwendbarkeit als die zweite; sodann erklären sich, wenn jene den Urfall darstellt, aufs einfachste alle Vorzüge der Cognitur gegenüber der Procuratur. Hiernach werden wir mit voller Zuversicht den blossen Processführer der Vorciceronischen Epoche zuschreiben und müssen es andererseits begreiflich finden, wenn dieser Typus, der im Jahr der Rede für Roscius, und vielleicht lang vorher, durch einen anderen überholt war, in den klassischen Schriften nur wenig Spuren hinterlassen hat. Auch Gaius hätte sich in seinem kurzen, unvollständigen Lehrbuch damit begnügen können, den Anwalt *ad agendum* zu erwähnen. Wenn er trotzdem an einer Stelle die ältere Art mit berücksichtigt und das zugehörige Formelpaar sogar als das ältere⁷ voranstellt, so bestätigt das wiederum die Beobachtung, dass Gaius unter

⁶) Vgl. übrigens Wlassak a. a. O. Bd. II S. 49, 50.

⁷) Keineswegs als das wichtigere. Gaius' eigene Darstellung wie die anderer Juristen machen es unmöglich, den Worten (IV. 83) *potest ut actor ita dicat* den Gedanken unterzulegen, dass das zweite Formelpaar seltener im Gebrauch sei. Daher ist zu übersetzen: „ferner kann sich der Actor folgenden Spruches bedienen . . .“

seinen Vorlagen mindestens eine sehr alte hatte, mag das nun eine Originalschrift aus republikanischer Zeit gewesen sein oder eine später aus dieser durch Uebearbeitung entstandene. Letztere könnte unser Autor grossenteils abgeschrieben haben; seine Berichte würden hiedurch an Glaubwürdigkeit nichts einbüßen, sondern eher gewinnen. Übrigens ist aus IV. 12—29, aus der Darstellung des Spruchformelverfahrens — um Anderes zu geschweigen — mit aller wünschbaren Sicherheit die Benutzung einer alten Quelle zu erschliessen. Schon unter Augustus im J. 737 d. St. hatte die republikanische *Legisactio* für Streitsachen ihre Geltung ganz und gar verloren. Gaius selbst wird nicht müde, an diese Tatsache immer wieder zu erinnern.⁸ Daher war überhaupt kein Jurist der Kaiserzeit in der Lage, aus lebendiger Anschauung zu schildern, was zu unserer Kenntniss fast ausschliesslich durch die Institutionen vom J. 161 p. C. gekommen ist. Hatte aber Gaius bei der Abfassung seines Werkes neben einer neueren eine alte Vorlage zur Hand, oder besorgte er die Modernisirung, gestützt auf seine eigenen früheren Arbeiten, so wird man das Nebeneinander von Alt und Neu nicht verwunderlich, und in Betracht des skizzenhaften Charakters seines Buches das Fehlen vermittelnder und erläuternder Bemerkungen verzeihlich finden. Indessen hätte

⁸) Dennoch hat er tauben Ohren gepredigt. Gerade seiner wohlbegründeten *Praeterita* wegen wird ihm neuestens folgende Sündenliste vorgehalten: „ebenso unpräcise Ausdrucksweise, wie aber auch eine Unsicherheit, ja ein Mangel an exactem Wissen in rechtshistorischen Dingen.“ M. Voigt R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 130 z. N. 4 weiss eben nicht, vielleicht durch Gell. XX. 10, 1 irregeführt, dass die *Legisactio* des Julischen Gesetzes nicht die des Rechtes der republikanischen Zeit ist. Von der ersteren sagt Gaius (IV. 30, 95), dass sie in Geltung, von der letzteren, dass sie beseitigt sei.

doch der Jurist das erste Formelpaar nicht ohne Weiteres aufführen können, wenn es unter Pius unanwendbar gewesen wäre. Letzteres nimmt Gaius gewiss nicht an, während für uns kein genügender Grund vorliegt, seiner Mitteilung zu misstrauen.

Mindestens ein Fall lässt sich denken, wo das Selbstagiren des Herrn mit cognitorischer Formel ausserordentlich nahe lag und in Folge dessen manchmal an die Stelle des üblichen Agirens durch den Cognitor treten mochte. Dieser Fall war gegeben, wenn der Principal, nach der vom Anwalt vollzogenen Streitbefestigung, diesen durch einen anderen ersetzen, oder wenn er die Führung des von ihm selbst begründeten Processes nachträglich einem Cognitor übertragen wollte.⁹ Beidemale war ein Translationsverfahren erforderlich.

Vorerst ist im Allgemeinen der Heimgang zu zeichnen, wenn eine Partei, z. B. der Beklagte, den Process auf einen Dritten abzuwälzen gedachte. Gewöhnlich wird sich der Antragsteller (Postulant)¹⁰ selbst (B) in Jure eingefunden haben; unerlässlich war das Erscheinen des Klägers (A), der ja Caution empfangen sollte; die Anwesenheit des Dritten (C) soll hier vorausgesetzt werden. Die zunächst formlos geführte Verhandlung schloss nach meinem Ermessen, wenn der Antrag des Beklagten durchdrang, mit einer Action, eben der *translatio*, die ihrem Wesen nach nichts Anderes war als eine

⁹) Belege bei Lenel Paling. II p. 449, 450; vgl. besonders Ulp. D. 3, 3, 17 u. 3, 3, 27, 1.

¹⁰) Auch der Cognitor kann Translation begehren; s. Paul. D. 3, 3, 20 u. 22 u. 24, Lenel Paling. I p. 979. So war es nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise ein Cognitor *ad litem exercendam* in Jure postulierte. Andere Gründe nachträglichen Auftretens vor dem Praetor bei Keller Civilprocess § 68 S. 348—350 (6. A.).

Wiederholung der Litiscontestatio, nur dass hiebei nicht die alte, sondern die geänderte Formel als Processmittel diene. Die Vorstellung, dass der Praetor die Translatio anordnete und auch vollendete, ist sicher ebenso unhaltbar wie das Kellersche Uding einer vom Magistrat vollzogenen Streitbefestigung. Hier wie dort hatte der Praetor in Wahrheit bloß sein Vollwort zu geben. Dem Kläger konnte man doch unmöglich einen neuen Gegner aufdrängen, auch nicht mit der Caution der alten Partei. Vielmehr musste er abermals einen Processvertrag abschliessen, und die Form wird keine andere gewesen sein, als die des ersten Vertrags.

Um diese Andeutungen¹¹ nicht ganz beleglos zu lassen, will ich nur hinweisen auf Ulp. D. 3, 3, 27, pr., wo das *transfere* als Parteienthätigkeit erscheint und das *permittere transferri* als Bestandteil der magistratischen *causae cognitio*; dann besonders auf Gaius Dig. 3, 3, 46, pr., der gerade unseren Beispielsfall erörtert:

Qui proprio nomine iudicium accepisset, si uellet cognitorem (Trib.¹² procuratorem) dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet sollemniterque pro <eo> iudicatum solui satisfactione cauere.

Einer, der als Beklagter auf eigenen Namen die vom Gegner edirte Formel angenommen hat, verlangt von diesem,

¹¹) Mit der heutigen Translationstheorie dürften sie im Widerspruch stehen. Für weitere Ausführung ist hier nicht der Ort. Doch scheint mir das Obige lediglich Folgerung zu sein aus meiner Auffassung der klassischen Streitbefestigung. Dahingestellt bleibt es, ob alle Translationsfälle denselben Grundsätzen unterlagen. Besonders wichtig ist die Frage, ob und wie die Römer zur Annahme der Einheit des alten und neuen Processverhältnisses gelangten.

¹²) S. Bethmann-Hollweg Versuche S. 238 N. 156.

dass er, der Kläger das Streitverhältniss (*iudicium*) auf einen Cognitor übertrage. Ist es irgend wahrscheinlich, dass dieser Parteienact der Form entbehrte, dass die förmlich begründete Processobligation wesentlich anders behandelt wurde als die privatrechtliche, deren Übergang noch Gaius' Zeitgenossen blos durch Novation (*uerbis, litteris, inchoata lite*) vermitteln konnten? Und welche Form wäre mehr geeignet gewesen, die „Translation“ des Streitverhältnisses zu versinnlichen, als die Übergabe der Formel, die vorher B von A erhalten hatte, und die jetzt — teilweise verändert — A dem C behändigte¹³⁾? In unserem Fall aber waren die drei beteiligten Personen insgesamt in Jure anwesend. Regelmässig mochte der alte Beklagte so lang auf der Gerichtsstätte ausharren, bis das Streitverhältniss von Neuem endgültig begründet war. Sollte er da niemals die Gelegenheit benutzt und den formellen Schlussact selbst mit dem Kläger vollzogen haben?

Uebrigens ist es nicht ganz unmöglich, den Vorgang auch so zu denken, dass A dem C die cognitorische Formel überreicht, während B die Worte spricht: *quia tu a me fundum petis* etc. Dagegen macht es grosse Schwierigkeiten, dem alten Kläger, während ein Dritter, für ihn mit dem Gegner agirend, das *Judicium* transferirt, die Worte in den Mund zu legen: *quod ego a te fundum peto* . . . Für die Zeit der Entstehung des ersten Formelpaars kann eine Verwendung der Sprüche zu diesem Zweck entschieden geleugnet werden. Den Gedanken, das *ego peto* auf den Fall zu erstrecken, wenn die

¹³⁾ Man lese Paul. D. 10, 2, 48: *Si familiae erciscundae uel communi diuidundo uel finium regundorum actum sit et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes iudicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum cognitorem (? Trib. procuratorem), in quem omnium nomine agatur.*

Petitio *per alium* erfolgt, konnte man erst fassen, seitdem der eben berührte Sprachgebrauch festgestellt war. Nun ist aber jene Redeweise gerade die Folge der Zulassung von Cognitoren¹⁴ und muss demnach späteren Ursprungs sein als das erste Formelpaar. Wollte man aber Zweifel erheben gegen das hier angenommene Altersverhältniss der beiden Sprüche und einwenden, dass der bei Gaius zuerst erwähnte jünger sein könnte als der zweite oder wenigstens jünger als der Urfall der Cognitur, so würde ich Folgendes erwidern. Die Aufstellung des Formelpaars *quod peto, quia petis* bleibt unverständlich, wenn dem zweitgenannten höheres Alter zugeschrieben wird, da es für die Parteien ein Leichtes war, mit dem letzteren allein auszureichen. Das *agere uolo* war ja immer am Platz, selbst wenn der Principal seine Sache persönlich bis zur Litiscontestatio verfochten hatte; er konnte und musste so sprechen, auch wenn der Schlussact unmittelbar bevorstand.

Nicht besser begründet wäre der zweite oben angedeutete Einwand. Um dies zu zeigen, soll zunächst ein völlig unbekannter Urfall der Cognitur eingeräumt werden. Unter dieser Voraussetzung könnte *ego peto* schon die Bedeutung von *peto per alium* gehabt haben, als das erste Formelpaar entworfen wurde. Dagegen aber würde ich bemerken, dass der, genau im Augenblick der Streitbefestigung *per alium* den Cognitor ernennende Principal gewiss nicht den Eindruck der Lebenswahrheit macht. Welche Pedanterei wäre es gewesen, Gleichzeitigkeit der von verschiedenen Personen ausgehenden Acte zu verlangen oder doch als Regel hinzustellen! Was sehr angemessen, was durchaus natürlich war, wenn der Geschäfts-

¹⁴) Für das Agiren durch Procuratoren ist sie wohl nicht aufgekomen; s. oben S. 22, 23.

herr selbst die *Lis* contestirte, das sieht höchst gezwungen aus, sobald wir den Cognitor als agirend denken. War es diesem einmal gestattet, den Formalact für den Herrn zu setzen, so ist weiter kein Grund ersichtlich, weshalb die Ernennung des Vertreters nicht vor der Streitbefestigung, vielleicht unmittelbar vorher geschehen sollte.

Dem Gesagten nach ist es so gut wie ausgeschlossen, die Sprüche *quod ego peto, quia tu a me petis* im Sinne ihrer Urheber auf einen anderen Fall als den des selbst agirenden Geschäftsherrn zu beziehen. Dass sie später, als die Cognitur *ad agendum* die ältere Art nahezu verdrängt hatte, Verwendung fanden, wenn der Vertreter in Gegenwart des Principals den Process begründete, ist kaum zu vermuten, obwohl es nicht gerade undenkbar wäre. Noch bestimmter müssten wir den Vorschlag zurückweisen, schon den Juristen der Hadrianischen Epoche die Empfänglichkeit für die Feinheiten der Rechtsprache abzuerkennen. Die oben S. 7—17 mitgetheilten Äusserungen, von denen viele den spätesten Klassikern gehören, beweisen, wie falsch es wäre, dergleichen zu behaupten. Will man also dem Gaianischen Berichte gerecht werden, so ist die Brauchbarkeit beider Formelpaare noch für die Zeit des Pius zuzugestehen, während eine Umdeutung der älteren Sprüche nicht für wahrscheinlich gelten kann. Andererseits zeigt aber die Nichtbeachtung der Cognitur *ad litem exercendam* in den Institutionen, dass diese Art der Stellvertretung, obwohl sie zulässig war, im Rechtsleben der Kaiserzeit keine Rolle spielte. Am ehesten mochte der Principal zuweilen selbstagirend auftreten, wenn es sich um die Translation des Processes auf einen Cognitor handelte.

An diese Bemerkung ist noch die Frage anzuschliessen, ob es statthaft war, mit einer der oftgenannten Formeln den Cognitor zu bestellen, der für den Vollmachtgeber den Trans-

lationsact¹⁵ setzen sollte? Gewiss durfte der Herr nicht sagen: *quod ego peto*. Seine *petitio* lag ja in der Vergangenheit; eine neue *petitio*, für ihn *per alium*, eben die transferirende, war in Aussicht genommen; im Augenblick aber „petirte“ er überhaupt nicht. Auch das wäre offenbar verfehlt, den Spruch so zu bilden: *quod ego . . . petiui, in eam rem . . . cognitorem do*. Dagegen scheint die andere Formel: *quod ego tecum agere uolo* zur Not auszureichen. Freilich kennzeichnet sie das beabsichtigte Geschäft sehr ungenügend; es soll zwar wieder agirt, doch nichts Neues geschaffen, nur die alte Processobligation geändert werden. Daher vermute ich das Dasein einer Abart des zweiten Formeltypus, z. B. mit folgenden Worten: *quod ego litem . . . tecum contractam*¹⁶ *transferre uolo, in eam rem . . .* Mit diesem Spruch hätte auch ein Cognitor dem anderen nach der Processbegründung Vollmacht erteilen können, während die Gaianischen Formeln hier durchaus nicht passen. Wer aber diese Hypothese billigt, der wird es vielleicht vorziehen, auch dem Principal, wenn dieser selbst den Translationsact mit cognitorischer Formel ausführt, statt des gewöhnlichen *quod peto* einen das *transferre* anzeigenden Spruch beizulegen. Natürlich soll das Gesagte nicht mehr sein, als ein Versuch, zu raten, wo alle Nachrichten fehlen. Übrigens wird durch meine Mutmassung gar kein dritter Formeltypus neben die zwei bekannten gestellt. In den

¹⁵) In den Process mit Actio popularis konnte auf der Klägerseite ein Cognitor nur durch Translation eintreten: Vat. Fr. 340a, Paul. D. 47, 23, 5 — 3, 3, 42, pr., dazu Bruns in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. III S. 380, 381, Lenel Paling. I p. 977. Durchaus gerechtfertigt war es, auch einen *c. ad. litem exercendam* bei der ersten Streitbefestigung nicht zuzulassen.

¹⁶) Vgl. die Zeugnisse in meiner Litiscontestatio S. 64, 66, dazu Plaut. Capt. prol. 63.

Sprüchen mit *transfero* und *transferre uolo* wäre der Gegensatz von *peto* und *petere uolo* wieder zum Vorschein gekommen. Demnach hätte unser Gewährsmann, der in IV. 83 die einfachsten Beispiele wählt, nichts Wesentliches übergangen.

VI.

Wenn Gaius der Uebung, die in den Gerichten seiner Zeit vorwaltet, Rechnung trägt, indem er fast ausschliesslich den Cognitor *ad agendum* berücksichtigt, so erscheint es von vornherein als ziemlich aussichtsloses Unternehmen, Hinweisungen auf die ältere Cognitur in Justinians Pandekten zu suchen, wo vornehmlich die Juristen der mittleren und spät-klassischen Zeit das Wort führen. Ist ferner der Schluss richtig, der oben (S. 37) aus einer Äusserung Ciceros gezogen wurde, so haben wir auch von den Fragmenten aus dem ersten Kaiserjahrhundert nichts zu erwarten. Stücke von noch höherem Alter hat die Compilation besonders aus dem praetorischen Album übernommen. Man wird kaum fehlgehen, wenn man die grosse Mehrzahl der Edicte der republikanischen Epoche zuschreibt. Auch für die Frage, die uns hier beschäftigt, könnte am ehesten das Album einige Ausbeute gewähren. Zuerst mach ich aufmerksam auf ein Edict, dessen Worte die Vat. Fr. 322 enthalten:

Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem neve dentur, edictum comprehendit.

Was der Jurist in den Vat. 323 im Anschluss an diesen Text bemerkt:

ut qui prohibentur uel dare uel dari cognitores, idem et procuratores dare dariue arceantur

ist eine offenbar ungenaue, ja unzutreffende Umschreibung des Edictes. Während gewissen Personen als Procuratoren die *agendi potestas* verweigert wird, drückt sich der Praetor wesentlich anders aus hinsichtlich derer, die er als Cognitoren zurückweist. Diesen wird nicht wie jenen die *agendi potestas* versagt, vielmehr heisst es hier: *ne dentur*, sie sollen gar nicht ernannt werden. Woher dieser Unterschied, weshalb begnügt sich der Praetor nicht auch bei den Cognitoren mit der Ankündigung, dass er *agendi potestatem* denegiren werde? Freilich könnte man sofort mit der Gegenfrage antworten, warum den Principalen nicht verboten wurde, gewissen Personen die Procuratur *ad agendum* zu übertragen? Dieser Punkt bedürfe der Aufklärung, zumal da im Album das Edict: *qui ne dentur cognitores* voransteht. Indessen hätte der erhobene Einwand keinerlei Berechtigung; denn für den Procurator der älteren Zeit war es gleichgültig, ob er „gegeben“ ist oder nicht (Gai. IV. 84), was denn auch die Juristensprache sehr scharf ausdrückt, indem sie dem *cognitorem dare* an die Seite stellt das *procuratorem habere*¹ (Gai. IV. 182). Zudem konnte es dem Praetor verständiger Weise nur darauf ankommen, anrühige Leute und Andere vom Postuliren und Agiren auszuschliessen, während es ihn wenig berührte, ob sie zur Cognitur berufen wurden. Daher ist es in der That einleuchtend, weshalb der Praetor von der Bestellung zum Procurator nicht handelt, andererseits auffallend, dass er sich nicht darauf beschränkt, gewissen Personen das *agere cognitorio nomine* zu verbieten.² Erklärt aber ist die Fassung des

¹) Dies hat man (Bülow Processeinreden S. 42, dem Lenel Edictum S. 79 N. 6 zustimmt,) übersehen bei dem Versuch, Paul. Dig. 3, 3, 43, 1 zu deuten.

²) So setzt Gai. IV. 182 wirklich statt des edictalen Ausdrucks: *<pro>curatorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire*.

Edictes, wenn dessen Urheber nur die ältere Cognitur kannte³ oder beide Arten, und eine Norm aufstellen wollte, die sich auf beide zusammen bezog. Der Cognitor *ad litem exercendam* agierte eben nicht⁴; daher wäre es sinnlos gewesen, ihn davon auszuschliessen, und ebenso sinnlos, dem *agere per cognitorem* entgegenzutreten. Wie dort gegen das *dari*, so musste sich hier das Verbot gegen das *dare* kehren.

Es soll nicht behauptet werden, dass die vorgeschlagene Erklärung des Edictes der Vat. 322 die einzige sei, die sich denken lässt; immerhin erscheint sie, soweit ich sehe, als die befriedigendste. Möglich ist allerdings auch die folgende, die ausgeht von dem Erforderniss der Gerichtlichkeit des Bevollmächtigungsactes. Dieser Umstand konnte gewiss den Anlass bieten für Edicte, die schon das *dare cognitorem* regelten; doch ist bei der Cognitur *ad agendum* das eine keine notwendige Folge des anderen, und ausserdem jenes Gebundensein der Cognitorennennung an die Gerichtsstätte nur bei der älteren Art mit Sicherheit festzustellen. Demnach führt schliesslich auch die zweite Erklärung zur Annahme eines in Jure nicht agirenden Vertreters.

Der Bestand verschiedener Arten der Cognitur zur selben Zeit ist, wie ich glaube, am deutlichsten erkennbar in dem praetorischen Edict bei Ulp. Dig. 3, 3, 8, 3:

Cognitorem (Trib.⁵ *Procuratorem*) *ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solui exposuit, iudicium accipere cogam.*

³) Ähnlich Eisele Cognitur S. 77, 78.

⁴) Dagegen konnte auch von ihm gesagt werden: *iudicio intervenit* (Gai. IV. 182); s. oben S. 37, 38.

⁵) S. Keller Litiscontestatio S. 325, Bethmann-Hollweg Versuche S. 238 N. 156.

Hier sagt der Praetor mit klaren Worten, wie der Anwalt beschaffen sein muss, gegen den er Zwangsmassregeln ergreifen werde. Während die Juristen gewöhnlich vom Cognitor *ad defendendum datus*⁶ sprechen, bedient sich das Edict einer Wendung, die aufs schärfste betont, dass ein Vertreter gemeint sei, der für die angegriffene Partei *lis contestiren* soll. *Litem suscipere*⁷ kann gar nichts Anderes bedeuten, als den Act der Processbegründung. Nun wird es Niemand befremden, wenn er den Gedanken des Praetors in unserem Edict mit aller wünschenswerten Genauigkeit und Klarheit ausgeprägt findet. Gewöhnlich aber verbindet sich mit diesen Vorzügen noch ein anderer: der der Kürze des Ausdrucks. Die Praetoren pflegen mit den Worten zu sparen; was irgend entbehrlich ist, schliessen sie aus von der Formel wie vom Edict. Die von Ulpian in l. 8 § 3 cit. mitgeteilte Clausel scheint von dieser Regel eine Ausnahme zu machen. Welcher andere Cognitor sollte denn zum *iudicium accipere*, d. h. zum Vollzug der Streitbefestigung gezwungen werden,

⁶) Nebenbei sei bemerkt, dass auch *defendere* fast überall = *iudicio* oder *sponsione defendere* gebraucht ist, mithin die förmliche Verteidigung in Jure anzeigt; s. meine Litiscontestatio S. 39, 40. Nur sehr wenige Fragmente giebt es, wo das Wort sicher in einer weiteren Bedeutung steht.

⁷) Genau so wie das Edict bezeichnet Paul. Dig. 3, 3, 69 den zur Defension berufenen Cognitor (Trib. *procurator*; s. Rudorff Edictum § 28 n. 3). Durchaus unbegründet scheint mir Lenels (Paling. II p. 1226 n. 2) Vermutung, dass die Worte *ad litem suscipiendam* von den Compilatoren hinzugefügt seien. Sollten diese das Interventionsrecht des Geschäftsherrn beschränkt haben? Allerdings ist die Stelle, ein Responsum ohne Frage, nicht ganz durchsichtig; das Wörtchen *etiam* lässt mehrfache Deutung zu. Allein das Unvermögen, ein Pandektenfragment zu verstehen, ist m. E. noch lange kein Grund für die Annahme einer Interpolation. Uebrigens ist es mir unbekannt, wie Lenel seinen Vorschlag rechtfertigen würde.

als der Vertreter der angesprochenen Partei? Allerdings ist es sehr begreiflich, dass der Praetor die Parteirolle des Anwalts ausdrücklich hervorhebt; nur wäre dieser Zweck schon mit den Worten: *pro quo . . dominus iudicatum solui exposuit* vollkommen erreicht gewesen. Die genannte Caution ist ja nur denkbar für eine Person, die verurteilt werden kann. Welchen Anlass aber hatte der Verfasser des Edictes, den Cognitor, auf den er zielt, noch besonders zu bezeichnen als „gegeben zur Übernahme des Processes“?

Anscheinend sind zwei Erklärungen möglich. Die erste würde den Praetor von dem Vorwurf befreien, etwas Überflüssiges gesagt zu haben, bewegt sich aber sonst auf unsicherem Boden. Die zweite lässt den gedachten Vorwurf bestehen, beantwortet aber genügend die Frage nach der Ursache jenes edictalen Beisatzes. Beide Erklärungen bestätigen in gleicher Weise das Dasein einer Cognitur *ad litem exercendam*.

Der Gaianische Spruch: *quia tu mecum agere uis, in eam rem cognitorem do* könnte ursprünglich für folgenden Fall bestimmt sein. Beide Parteien haben die Absicht, den Processvertrag in eigener Person abzuschliessen; die angesprochene bestellt im Voraus einen Cognitor, der nur im Geschwornenverfahren auftreten soll. Zu den Worten *L. Titium cognitorem do* müsste hinzugedacht werden: *ad litem exercendam*. In einer Zeit, die nur eine Art der Cognitur kannte, wäre diese Auffassung selbstverständlich gewesen. Hiernach hätte es Cognitoren älteren Stils gegeben, die bei der Litiscontestatio und solche, die vorher ernannt wurden. Als dann die neuere Art aufkam (*quia tu . . . L. T. cognitorem ad litem suscipiendam do*), ohne die ältere sofort zu verdrängen, hätte der Verfasser des Edictes der l. 8 D. cit. den später auffallenden Zusatz eingefügt, um nicht den blos *ad litem exercendam* gegebenen Anwalt mit zu bedrohen.

Wer es vermeiden will, dem zweiten Formelpaar für verschiedene Zeiten verschiedenen Sinn beizulegen, muss einräumen, dass die Edictsworte: *ad litem suscipiendam datum* von Haus aus entbehrlich waren. Dessen ungeachtet ist ihre Aufnahme ins Album sehr erklärlich, wenn zwei Arten von Cognitoren neben einander hergingen. Nicht jeder zur Verteidigung bestellte war auch *ad litem suscipiendam datus*. Der Praetor aber hatte nur den letzteren im Sinn. Kein Wunder also, dass er die Beschränkung besonders ausdrückt. Hiemit legt er unwillkürlich Zeugnis ab für das Dasein der Cognitur *ad litem exercendam*.

VII.

Ist die Zahl der äusseren Belege gering, auf denen meine These ruht, so wird es sich empfehlen, jetzt noch zu fragen ob das Bild, welches die Geschichte der Cognitur darbietet, durch das Einfügen des hier angenommenen Zwischengliedes an innerer Wahrscheinlichkeit gewonnen hat. Wer an den Ursprung der ganzen Einrichtung im Legisactionenprocess glaubt, dürfte geneigt sein, von einem ersten Versuch zu sprechen, die lästige Regel: *alieno nomine agere non licet* zu umgehen, auch wo keine der *certae causae* (Gai. IV. 82) vorlag. Der blosse Processführer, wie er oben (IV) geschildert ist, „agirte“ nicht selbst; trotzdem wurde ihm der Weg zum Geschworenenverfahren durch die Streitbefestigung geöffnet. Demnach bliebe der alte Satz aufrecht und wäre doch um einen grossen Teil seiner Wirkung gebracht. Nur den Processvertrag musste die Partei noch in eigener Person abschliessen; vor dem Judex konnte ein Cognitor handeln. An diesen ältesten Anwalt würde sich dann einer anschliessen, der die

Legisactio selbst vollzieht, oder auch sofort der aus Gaius bekannte, dessen Processmittel (bei der Litiscontestatio und später) die Streiturkunde war.

Dies Alles klingt recht gut, stimmt aber mit den Nachrichten, an die wir gebunden sind, nicht überein oder entbehrt doch jeder Beglaubigung. Ein *lege agere* kann Niemand dem Cognitor beilegen, ohne der Überlieferung: Gai. IV. 82 und dem pr. I. de his (4, 10) Gewalt anzuthun. Gaius denkt augenscheinlich den Ausschluss der Stellvertretung als verbunden mit der alten (*olim*) Legisactio, das Gegenteil als etwas dem Verfahren mit Schriftformeln Eigentümliches. Unter den ausgenommenen Fällen ist m. E. kaum einer, wo ein *lege agere* stattfand, welches im selben Sinn *alieno nomine* war, wie im Schriftprocess das Litigiren z. B. des Procurators. Indessen mag hierüber jeder seine Sonderansicht¹ haben; so viel aber kann für sicher gelten, dass in den bezeugten *certae causae* kein² Cognitor auftrat. Allerdings hat Lenel³ einen Fall dieser Art ersonnen und verlangt, wir sollten ihn hinzufügen zu den *causae*, welche die kaiserlichen Institutionen aufzählen. Allein dieser Vorschlag dürfte nach der Gegenausführung von Eisele⁴ nicht weiter in Betracht

¹) Vgl. Keller-Wach Civilprocess § 54 (6. A.); dazu M. Rümelin Z. Geschichte d. Stellvertretung S. 18—71, Hruza Ueber d. *lege agere pro tutela*, Ubbelohde in Götting. gel. Anzeigen Jg. 1887 S. 993—999. Jhering ist im Geist Bd. II S. 106 N. 111 (s. auch Bd. I S. 203) hinsichtlich des *agere pro tutela* jetzt (Aufl. 4) Keller beigetreten; anders früher Bd. II S. 106 N. 110 (3. A.).

²) Vgl. besonders M. Rümelin a. a. O., dem wir die eingehendste Untersuchung der *certae causae* verdanken.

³) In der Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVII S. 151, 152. Einigermassen sind Bekker und Karlowa Lenels Vorgänger; s. meine Gesch. d. Negotiorum Gestio S. 46 N. 15.

⁴) Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVIII S. 192—195.

kommen; er ist gewiss zu verwerfen. So bleibt nur der „altcivile“ Cognitor übrig, der angeblich auf das Geschworenenverfahren beschränkt war.⁵ Ihm kann die Regel: *alieno nomine agere non licet* nicht entgegengehalten werden, da der Vollmachtgeber selbst die *Lis* contestirt hätte, u. z. *suo nomine*. Freilich wissen wir nicht, ob und wie der Name des Vertreters der *Legisactio* eingefügt war. Doch möchte man diese Lücke in der Überlieferung allenfalls hinnehmen, wenn nur für das Wesentlichste, für das Dasein des altcivilen Cognitors irgend ein Zeugniß vorläge. Thatsächlich ist bisher im ganzen Quellenbereich auch nicht die geringste Spur entdeckt worden, die wirklich auf die behauptete Einrichtung zu beziehen wäre. Eines und gerade das Wichtigste ist früher (S. 27) bereits gesagt. Das bei Gai. IV. 83 zuerst genannte Formelpaar kann unmöglich der *Legisactio* entnommen sein, und auf dieses allein kann zuverlässig die Annahme eines Cognitors *ad litem exercendam* gestützt werden. Indess beruft sich ja Eisele auf andere Zeugnisse: auf die Rede für den Schauspieler Roscius. Aus ihr soll hervorgehen, dass Cicero den Cognitor *ad agendum* (*petendum*) noch nicht kannte. Geradezu widerlegt wird diese Behauptung durch das oben (S. 37) angeführte c. 18 § 53 der Rede. Genau das Gegenteil ist unbestreitbar richtig.⁶ Hiernach muss sich Eiseles These zum mindesten eine Einschränkung gefallen lassen. Der Anwalt

⁵) Der erste, der einen solchen Cognitor annimmt, Ad. Schmidt Cic. p. Rosc. com. p. 29, 30 (Inaug. Diss. 1839) wollte bloß eine Vermutung äussern. Huschkes Beitritt (in Richters Krit. Jahrb. Jg. IV Bd. VII S. 492, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XIII S. 307 bis 309) blieb unbeachtet. Eisele aber (Cognitur S. 1—53, Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 191—207) glaubt Beweis für Schmidts *probabilia* erbringen zu können.

⁶) S. oben S. 37 zur N. 4.

— könnte man sagen — habe gegen das Ende der Republik zwar im Schriftprocess selbst agirt, dagegen in der *Legis-actio* bloß vor dem *Judex* verhandelt. Fragt sich nur, ob irgendwo Belege dafür zu finden sind. Eisele weist hin auf den Process des *Roscius* wider *Flavius* wegen Tödtung des *Panurgus*, der gemeinsames Gut des Ersteren und des *Fannius* gewesen war. Cicero erwähnt dieses Verfahren im c. 18 § 54:

Quodsi quisquam petere potest alteri, qui cognitor non est factus, quaero, quid ita, cum Panurgus esset interfectus et lis contestata cum Flavio damni iniuria esset, tu (näml. Fannius) in eam litem cognitor Rosci sis factus, cum praesertim ex tua oratione, quodcumque tibi peteres, huic peteres, quodcumque tibi exigeres, id in societatem recideret.

Hier sei klar bezeugt, dass *Fannius* erst nach der *Litis-contestatio* mit *Flavius* von *Roscius* zum *Cognitor* bestellt wurde. Diese Äusserung Ciceros sei massgebend, nicht die andere im c. 11 § 32, wo *Fannius* redend eingeführt wird:

Panurgum . . . Flavium . . . interfecit. In hanc rem . . . me cognitorem dedisti. Lite contestata, iudicio damni iniuria constituto tu sine me cum Flavio decidisti.

Die sehr wohlfeile Entgegnung, dass die Beweiskraft der einen Äusserung durch die andere aufgehoben sei, lässt sich meines Erachtens leicht vermeiden. *Fannius* hatte so gut wie *Roscius* gegen den Todtschläger *Flavius* eine Forderung ex lege *Aquilia*. Gleichzeitige Geltendmachung der beiden Ansprüche war in keiner Weise geboten.⁷ Demnach beweist

⁷) Vgl. zu Cic. p. Rosc. com. c. 11 § 32, c. 17 § 52 Ulp. D. 9, 2, 19 u. 20: . . . si communem servum occiderit quis, *Aquilia teneri eum Celsus ait*: . . . scilicet pro ea parte, pro qua dominus est qui agat, ferner Planck Mehrheit d. Rechtsstreitigkeiten S. 125, Bethmann-Hollweg Civil-process Bd. II S. 470; 471.

die erste Stelle nur dies, dass Fannius bereits auf den eigenen Namen *Lis* contestirt hatte, als er Vollmacht erhielt, auch den Anspruch des Roscius geltend zu machen. Die zweite handelt bis zu den Worten *tu sine me . . .* blos von der Forderung des Schauspielers. Daher beziehen sich die beiden Äusserungen gar nicht auf dieselbe Sache und sind miteinander wohl vereinbar. Nur ein Bedenken ist noch abzuwehren. Die erste Stelle macht den Fannius zum Cognitor des Roscius *in eam litem*, während vorher die von jenem mit Flavius contestirte *Lis* genannt ist. Doch schwindet bei näherem Zusehen auch hier der Schein der Ungenauigkeit. Denn der fragliche Satz ist offenbar gesprochen vom Standpunkt desjenigen, der da behauptet, dass ihm als Gesellschafter ohne besondere Vollmacht Seitens des Genossen die gerichtliche Einforderung dessen zustehe, was *uniuersae societati* (§ 53) geschuldet sei. Diese — unhaltbare — Auffassung wird dem Fannius unterschoben und so die Frage an ihn gerichtet, weshalb er sich noch *in eam* (der „Societät“) *litem* von seinem Gesellschafter⁸ zum Cognitor ernennen liess?

Dem Gesagten nach ist auch Eiseles zweite Behauptung unrichtig. Cicero erzählt von einer Vollmacht, die vor, nicht nach⁹ der *Litiscontestatio* gegeben war. Dies wird noch entscheidend bestätigt durch c. 13 § 38, wo Pisos Vorschlag mitgeteilt ist, demzufolge Roscius seinem Gegner *pro opera* (*ac*) *labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset* eine grosse Summe bezahlen sollte. Vadimonien giebt es nur im

⁸) Wegen der Gesellschaft oder richtig: der Gesellschaftsforderung (die erstere war durch den Tod des Panurgus aufgelöst) zwischen Fannius und Roscius vgl. wider Baron Die Conditionen S. 172—178 A. Pernice Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVI S. 98—100.

⁹) M. Rümelin a. a. O. S. 86 meint, man könnte auch an Translation denken.

vorbereitenden Verfahren¹⁰; mithin muss Fannius schon vor der Streitbefestigung Roscius' Vertreter gewesen sein.

Übrigens scheitert die bekämpfte Ansicht noch an einem anderen Punkte. Hätte auch Roscius selbst die Lis mit Flavius contestirt, so wäre doch diese Feststellung wertlos ohne die andere, dass eine Spruchformel (ex lege Aquilia) als Processmittel benutzt war. Eisele¹¹ wagt es gar nicht, dies mit Zuversicht zu behaupten, sondern schliesst nur umgekehrt aus der Thatsache, dass „Fannius als Cognitor erst in iudicio eintrat“, auf ein Verfahren mit Legisactio. Schon aus diesem Grunde muss der versuchte Beweis für völlig misslungen gelten. Was aber jenen Process betrifft, so lässt uns Cicero über dessen Form nicht im Unklaren. Mit den Worten (c. 11 § 32) *iudicio damni iniuria constituto*, die nicht auf den Richter¹² zielen, sondern nur das vorhergehende *lite contestata* näher bestimmen,¹³ ist deutlich ein mit der Aquilischen Schriftformel

¹⁰) So mit Recht Keller Civilprocess § 47 N. 551, dazu Wach.

¹¹) Cognitur S. 26.

¹²) *Iudicium* könnte „das Gericht“ sein; doch macht der Beisatz *damni iniuria* diese Auslegung höchst unwahrscheinlich, während Ciceros Sprachgebrauch (s. c. 12 § 36 u. N. 13) die oben angenommene unterstützt.

¹³) Dies hat schon Ad. Schmidt Cic. p. Rosc. com. p. 54 n. 32 richtig erkannt (irrig meine R. Processges. Bd. I S. 80 N. 7 Z. 6, 7), obwohl er auch eine andere (nicht annehmbare) Erklärung für möglich erachtet. Zu *iudicio constituto* citirt er Cic. de inv. II c. 19 § 58: *ibi* (vor dem Praetor) . . . *omnis conceptio priuatorum iudiciorum* (d. h. der Schriftformeln für Privatprocesse) *constituitur* u. orat. part. c. 28 § 99: *Atque etiam ante iudicium* („vor der Streitbefestigung“) *de constituendo ipso iudicio* („über die Art und Weise der Processbegründung“) *solet esse contentio* . . . Dass *iudicium* der gebräuchlichste Ausdruck für die Streiturkunde ist, für den Process (u. das Processverhältniss) mit der Streiturkunde (Gegensatz: *actio* der „Spruchformelprocess“), endlich für die Streitbefestigung mit der Schriftformel, zeigt Wlassak Processgesetze Bd. I § 8, Bd. II § 18—20, Litiscontestatio S. 14—20.

begründetes Processverhältniss angezeigt. *Iudicium* ist der technische Ausdruck für das Verfahren mit der Streiturkunde, wie *actio* für das ältere mit der Spruchformel. Zudem enthielt nach Ciceros eigener Angabe (p. Rosc. com. c. 8 § 24) das Album des Praetors um das Jahr 678 d. St. bereits *formulae de omnibus rebus*. Nur Vindicationen kamen mit Sprüchen vor; im Übrigen war schon der alte Process durch die Concurrenz des neueren aus dem Leben verdrängt, um bloß in den Büchern der Rechtsgelehrten noch kurze Zeit ein Scheindasein zu fristen.¹⁴

Nach allem dem ist unser Ergebniss: die völlige Ablehnung der Lehre vom Cognitor in der Legisactio. Damit wäre es auch geschehen um die neuerdings wieder von Eisele und Lenel scharf betonte „Civilität“ der Cognitur, sofern man die Anschauung billigen wollte, dass „der Formularprocess“ überhaupt etwas „Praetorisches“¹⁵ sei. Leider treiben manche Gelehrte mit dem „civilen und praetorischen Charakter der Rechtsinstitute“ gelegentlich argen Missbrauch.¹⁶ Augenscheinlich konnte es den römischen Gesetzgebern, die eine Lex mit dem Volke vereinbarten, niemals verwehrt sein, Dinge

¹⁴) Vgl. über das Processrecht der Aebutischen Epoche meine Processgesetze Bd. I Cap. 2; dazu jetzt (1892) die Abh. in Grünhuts Ztschr. f. Privat- u. öff. Recht Bd. XIX S. 729—735.

¹⁵) Vgl. aber meine Processgesetze Bd. I S. 60—62, 159—164, II S. 350, 362, 363.

¹⁶) So hält es z. B. Eisele Cogn. S. 149, 163 für unmöglich, dass ein Procurator je die Actio *ipso iure* consumirt habe; denn „die Procuratur ist ein Institut des *ius honorarium*.“ Als ob für diese Frage etwas Anderes massgebend sein konnte, als das Dasein oder Nichtdasein eines civilen Rechtssatzes, der die Litiscontestatio des Procurators der des Herrn gleichsetzt! Wäre aber ein solcher Satz vorhanden gewesen, dürfte man dann „den Procurator“ mit Haut und Haaren ein civiles „Institut“ nennen?

zu ordnen, über die schon der Praetor in derselben oder in anderer Richtung edicirt hatte. Eben so wenig haben die Magistrate jemals auf die Regelung von Verhältnissen bloß aus dem Grunde verzichtet, weil sich mit ihnen bereits Volksgesetze irgendwie beschäftigt hatten. Ist es doch eine bekannte Thatsache, wie häufig das Civilrecht vom Amtsrecht „gestützt“ und „ergänzt“ wurde.¹⁷ Die Ausfüllung der Lücken aber bewirkten die Praetoren nicht immer durch Aufstellung neuer „Institute“, welche den volksrechtlichen zur Seite traten, sondern zuweilen durch Ausgestaltung der civilen Einrichtung selbst. Daher kann man zwar vom civilen und praetorischen Ursprung reden, d. h. von den Anfängen der Normirung eines Verhältnisses, die bald von der Lex bald vom Imperium ausging; dagegen ist es nicht ohne Weiteres statthaft, ein „Institut“ dem Volks- oder dem Amtsrecht zuzusprechen, da es mehrere Sätze sind, die ein „Institut“ beherrschen, und nicht notwendig alle dieselbe Quelle haben.¹⁸ So sind z. B. die Recuperatoren ihrem Ursprung nach gewiss praetorisch; dennoch hat die Augusteische Lex *de iudiciis priuatis* vom J. 737 zweifellos einzelne, das Recuperatorengericht betreffende Punkte geregelt.¹⁹ Daher dürften die im amtsrechtlichen Privatprocess der Kaiserzeit judicirenden Richtercollegien weder schlechtweg

¹⁷) Das Obige steht durchaus im Einklang mit meiner Schrift: Edict und Klageform S. 6—14.

¹⁸) In meinen „Kritischen Studien“ § 5 hab ich es abgelehnt, für die einzelne „Naturalobligation“ ein Recht anzunehmen oder gar das sog. *ius naturale* und bin deswegen hart getadelt worden. Indessen scheinen mir die Römer bei ihrer Rechtsbildung und die modernen Systematiker, welche elegante, aus einem Gedanken heraus entwickelte „Constructions“ lieben, wesentlich verschiedenen Zielen nachzugehen.

¹⁹) Vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 198—200, 298—300, 324—328.

„civil“ noch schlechtweg „praetorisch“ genannt werden. Keine von diesen Behauptungen wäre richtig, beide wären teilweise falsch.

Noch eine zweite Bemerkung allgemeineren Inhalts darf ich hier einschalten. Trotz Bekkers²⁰ wohl begründeter Warnung ist es sehr üblich, durchgreifende innere Unterschiede zwischen Volks- und Amtsrecht vor auszusetzen. Dabei bedenkt man nicht, welch seltsame Zwiespältigkeit den römischen Magistraten zugemutet wird, die als Gesetzgeber in der Volksversammlung und als Urheber der freien Verordnungen nicht dieselben Menschen gewesen wären, die hier und dort in einer völlig anderen Welt gelebt, die als Rogatoren unter wesentlich anderen Einflüssen gestanden hätten, denn als Edicenten. Nicht das Volksrecht und das, nur missbräuchlich *ius* genannte Amtsrecht sollte man gegenüberstellen, sondern Bürger- und Fremdenrecht, im Übrigen einfach älteres und jüngeres. Damit will nicht gesagt sein, dass das *ius honorarium* als solches oder besser das freie Imperium, welches unter Anderem die Rechtspflege teilweise beherrschte, jünger sei als das eigentliche *ius*. Diesen der Überlieferung schnurstracks widerstreitenden Satz haben wir sicher preiszugeben; ohne Zweifel ist das Imperium genau so alt wie die Gemeinde Rom, die Beamtenwillkür also mit den provisorischen Ordnungen, die sie schafft, keine spätere Einrichtung, sondern das Ursprüngliche, älter als die den Magistrat bindende Lex.²¹ Anders aber muss die Antwort lauten, wenn das Amtsrecht in der durch Gaius und die Pandekten bekannten Gestalt verglichen wird mit dem überkommenen *ius civile*.

²⁰) Die Actionen Bd. II S. 263—275.

²¹) Vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 101, 102, 121, 125, 126, 338, 339, 351—353, 359, 365.

Letzteres hat sich viele Jahrhunderte lang ziemlich unverändert in Geltung erhalten, während das erstere beständiger Erneuerung ausgesetzt war. Daher kann das moderne Gepräge, welches die praetorischen Normen aufweisen, durchaus nicht überraschen. Hätten wir z. B. mit der sicheren Thatsache zu rechnen, dass die Edicte im Hadrianischen Album für rechtsgeschäftliche Handlungen nirgends Formen voraussetzten, so wäre es doch sehr voreilig, daraus auf eine grundsätzliche Abneigung der alten Praetoren gegen alles Formenwesen zu schliessen. Man erwäge nur Folgendes! Auf der einen Seite das alte *ius civile*, welches den Formalismus auf die Spitze trieb, auf der anderen zur selben Zeit und zur Ergänzung des *ius civile* ein Amtsrecht (vielleicht noch ungesetzt) bloß für römische Bürger, aufgestellt vom Stadtpraetor, der für sein Teil genau den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hätte! Hält es nicht schwer, solchen Widerspruch glaublich zu finden?

Übrigens ist es gar nicht nötig, an die Frage nach dem Dasein praetorischer Formen bloß mit allgemeinen Betrachtungen heranzutreten. Diese haben ihren Zweck erfüllt, wenn durch sie der Weg gebahnt ist zu unbefangener Beurteilung der thatsächlich vorhandenen Spuren. Vielleicht wäre es eine lohnende Aufgabe, derartigen schon in der Kaiserzeit halbverwischten Andeutungen nachzugehen, z. B. die Berichte über die verschiedenen *recepta*, das *saluum fore recipere* der Schiffer und Aehnliches genauer zu untersuchen. Doch muss an diesem Ort eine kurze Bemerkung genügen über ein paar Erscheinungen, die nach meinem Ermessen unbestreitbar sind. Ich denke dabei an die Befestigung des amtsrechtlichen Privatstreits mit Schriftformeln (*imperio continens iudicium*) und an manche Acte, welche die Begründung der legitimen wie der honorarischen Processobligation bald vorbe-

reiten, bald begleiten. Unter den neueren Gelehrten ist Jhering²² der einzige, der im „Formularprocess“ das „formalistische Element“ erkannt hat; nur scheint er bloß das Processmittel im Auge zu haben, während die Form auch der Handlung zukommt, welche die Parteien mit der Urkunde vollzogen. Worin sie bestand, das ist oben (S. 11) schon gesagt. Ihre Einführung in Rom verdankt sie den Praetoren, die den Fremdenprocess ordneten, und die dasselbe Verfahren später als summarisches auch streitenden Bürgern zugänglich machten. Durch das Aebutische und Julische Gesetz ist dann die amtsrechtliche Streitbefestigung²³ übertragen in den gemeinen Bürgerprocess und mit volksrechtlich gültigen Wirkungen ausgestattet.²⁴ Zur Annahme eines solchen solennen Geschäftes der Streitgründung, auch im praetorischen und neueren Civilrecht, hätte schon die Beobachtung führen sollen, dass die vorbereitenden wie die bestärkenden Verträge durchaus an Formen gebunden waren. Wenn z. B. die *Cautio iudicatum solui* nur *verbis* contrahirt werden konnte, so wäre es doch eine Ungereimtheit gewesen, das Hauptgeschäft, zu dessen Sicherung die Cautio diente²⁵, formlos zuzulassen. Von jenen Nebengeschäften aber (Vadimonien und anderen) sind gewiss die meisten ihrem Ursprung nach praetorisch, und auch später

²²) Geist II 2. Abt. S. 648, dazu S. 482, 483 (4. A.).

²³) Dass die Form der praetorischen und der Aebutisch-Julischen L. C. dieselbe war, zeigt schon Gai. IV. 104 u. 105: *Legitima sunt iudicia, quae . . . accipiuntur, Imperio uero continentur* (scil. *iudicia*) . . . *quae . . . accipiuntur*, dazu Wlassak R. Processgesetze Bd. II S. 280, 281, Litiscontestatio S. 3, 4, 23 — 42.

²⁴) Vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 298 — 328.

²⁵) S. Ulp. D. 46, 5, 1, 1: *Iudiciales eas (stipulationes) dicimus, quae propter iudicium („wegen der Processobligation“) interponuntur, ut ratum fiat, . . .*

ist ihre Verwendung im Julischen Bürgerverfahren keinesfalls durchweg legalisirt.²⁶ Allerdings erfanden die Gerichtsherren zum gedachten Zweck keine neue Form, sondern schrieben die im Privatverkehr nach *ius civile* übliche auch ihrerseits vor. Trotzdem heissen jene Cautionen, weil sie vom Magistrat, meist durch Edict, u. z. in der Verbalform angeordnet sind, mit gutem Fug „praetorisch“, *stipulationes praetoriae*.²⁷ Zu ihnen gehören übrigens auch solche, die keine nähere Beziehung zu einem Processe (*iudicium*) haben, und deren Abschluss doch — nach edictaler Bestimmung — vom Magistrat erzwungen wird, wie die *stipulatio damni infecti*, *legatorum nomine*, die Cautio zur Sicherung der Collation und andere mehr.

Diese Beispiele dürften hinreichen, um den Widerspruch zu begründen gegen die hergebrachte Behauptung, derzufolge das *ius honorarium* grundsätzlich die Anwendung von Formen verworfen hätte. Wer das Gegenteil aufstellt, kommt ohne Zweifel dem Richtigen viel näher. Um aber zurückzukehren zu unserem Ausgangspunkt, prüfen wir jetzt nochmal die Sprüche bei Gai. IV. 83. Hängt doch an diesem éinen Nagel die von Eisele²⁸ und Lenel²⁹ mit so grosser Zuversicht ver-

²⁶) Vgl. z. B. hinsichtlich der Vadimonien Gai. IV. 185: *eaque singula diligenter praetoris edicto significantur*, wegen der *satisfactio ratam rem d. h.* das Edict bei Ulp. D. 3, 3, 33, 3 u. Gai. IV. 99, wegen der *satisfactio iudicatum solui* Gai. IV. 102: *Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet quas ipse praetor significat*, über die Sponsionen im Interdictenverfahren Gai. IV. 170, u. s. w.

²⁷) So Pomp. D. 45, 1, 5, pr., Ulp. D. 46, 5, 1, pr., dazu Wlassak Krit. Studien S. 25. Auf die „Hauptrubrik im Album: *de stip. praetoriae*“ hätte ich mich nicht berufen sollen. Sie ist unbezeugt.

²⁸) Cognitur S. 10 — 12, Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVIII S. 192 — 195, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXVIII S. 534.

²⁹) In der Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVII S. 149, 150.

teidigte „Civilität“³⁰ der Cognitur. Wir fragen also, ob sich diese Lehre behaupten kann, wenn das oben bekämpfte Vorurteil beseitigt ist? Bei unbefangener Betrachtung wird man wohl einräumen müssen, dass die beiden Formelpaare selbst nicht das geringste Merkmal aufweisen, woraus ein Schluss zulässig wäre auf civilen oder praetorischen Ursprung. Einstweilen ist beides möglich; auch der Ausschluss vom Legisactionensystem (S. 27, 52—57) bedeutet noch nicht die Ausweisung aus dem Legalrecht überhaupt. Wenn nicht die Lex Aebutia, so könnte ein späteres Gesetz den bis dahin in Rom unbekannten Cognitor in den legitimen Formelprocess eingeführt haben. Ist das aber wahrscheinlich? Sprechen nicht umgekehrt triftige Gründe für die praetorische Herkunft?³¹

Was die Bestellungsformen anlangt, so setzt sie Ulpian Vat. Fr. 318 ausdrücklich in Gegensatz zu den (streitlosen) Legisactionen:

Non tamen sic putat certis uerbis cognitorem dari debere, ut si quid fuisset adiectum uel detractum, non ualeat datio ut in legis actionibus.

Anscheinend ist die hier betonte Veränderlichkeit der Sprüche auch der Grund, weswegen sie von Gai. IV. 97 immer noch *certa*, doch nur *quasi sollemnia uerba* genannt werden. Möglich ist es ja, dass ein Volksgesetz, welches

³⁰) Das formelle (nicht das civile) Geschäft verträgt keine Bedingung. Sehr kühn ist Eiseles Bemerkung zu Papin. Vat. 329: „die cognitoris datio gehört mithin zu den *actus legitimi*.“ Vgl. dagegen M. Rümelin Gesch. d. Stellvertretung S. 90, 91, der auch Eiseles Schlüsse aus Vat. 325—327 zurückweist.

³¹) Vgl. zum Folgenden meine *Negotiorum Gestio* S. 46—57 (1879). Zwar nicht Alles, was dort gesagt ist, doch die leitenden Gedanken halte ich noch heute für richtig.

den Bevollmächtigungsact regelte, den Parteien diesen Spielraum gewährte; dagegen ist es schier unglaublich, dass eine Einrichtung dieser Art fertig aus dem Kopf eines Gesetzgebers hervorgeht, der Nichts dergleichen im Rechtsleben seiner Zeit beobachten und daher keine Erfahrungen sammeln konnte. So wäre die Annahme eines fremdländischen Vorbilds kaum zu vermeiden, während eine allmälige Entwicklung der Cognitur, die ihre Richtung von den Praetoren empfangen hätte, nicht notwendig auch unter Einflüssen von Aussen her stehen musste. Indess liegt uns ein Zeugniss vor, welches zwar nicht die Entlehnung aus dem Ausland erweist, wohl aber die Verwendung der Cognitur im römischen Fremdenprocess fast jedem Zweifel entrückt: Paul. (?) Vat. Fr. 319:

*Etiam Graecis uerbis cognitorem dari posse inter omnes constat.*³²

Ist es auch ein Jurist der Severischen Zeit, vermutlich Paulus, von dem dieser Ausspruch herrührt, so wird doch Niemand behaupten wollen, *Graeca uerba* seien für statthaft erklärt, um römischen Bürgern, die in Rom mit einander stritten³³, Gelegenheit zu geben, sich im Gebrauche des Griechischen zu üben, was gewöhnlich angesichts des Stadtpraetors geschehen wäre. Vielmehr ist der „feststehende“ Satz

³²) Von meinen Kritikern (z. Neg. gestio S. 55) haben es zwei zuwege gebracht, aus Vat. 319 einen Beleg für den altcivilen Ursprung der Cognitur zu machen. Dazu gehört Scharfsinn, der mehr aufdringlich als eindringlich ist. Wenn übrigens Eisele Cogn. S. 15 sagt, Paulus „würde etwas absolut Selbstverständliches aussprechen, wenn die Cognitur aus dem griechischen Rechtsgebiet herübergangen wäre,“ so hat er vom römischen *ius gentium* eine falsche Vorstellung; s. meine R. Processgesetze Bd. II. S. 90 z. N. 9.

³³) Die römischen Juristen haben regelmässig Processe in Rom im Auge; s. R. Processges. Bd. II S. 224—226.

der Vat. 319 nur begreiflich, wenn die Cognitur keine blos bürgerrechtliche Einrichtung³⁴ war, sondern in gleicher Weise vorkam, wo ein Römer und ein Fremder oder wo zwei Fremde in Zwist gerieten. Besondere Belege für diese Auffassung sind kaum nötig. Es sei nur erinnert³⁵ an die Erbinsetzung, das Legat und die Sponsio, für die insgesamt lateinische Worte verlangt wurden, da nur römische Bürger in diesen Formen handeln und bedacht werden konnten; andererseits an die Stipulatio, Acceptilatio und das Fideicommiss³⁶, für die man *Graeca uerba* zuliess, weil sich ihre Wirksamkeit nicht auf Römer beschränkte. Verfehlt wäre es, gegen den behaupteten Zusammenhang einzuwenden, dass bei Geschäften des Fremdenrechts dem Gebrauch der griechischen Sprache auch unter Bürgern Nichts im Wege stand; denn schon Cicero (de off. III. 17, 69) sagt:

. . . *quod ciuile* (scil. *ius*) *non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem ciuile esse debet.*

Ist aber die Cognitorenbestellung *uerbis* nach dem Zeugnis der Vat. 319 dem *ius gentium* zuzurechnen, so kann das Ge-

³⁴) Dies behauptet Eisele Cognitur S. 164 noch für die spät-klassische Zeit. Die Quellen wissen Nichts davon.

³⁵) Vgl. Gai. II. 117, 281, Ulp. XXI. 1, XXV. 9, dazu die Belege in meinen R. Processges. Bd. II. S. 150 N. 25, ferner Gai. III. 93, 179, Ulp. Dig. 46, 4, 8, 4.

³⁶) Nach Gai. II. 285 ist die ursprüngliche „Capacität“ der Peregrinen *postea*, jedenfalls vor Hadrian beseitigt. Wichtig war das Fideicommiss nicht, vgl. Arndts bei Glück Pand. Bd. XLVI S. 380—383. Der Erlass des Kaisers Pius bei Pausan. VIII c. 43 § 3 (690) ist vermutlich (Paus. sagt: . . . *διδόναι* . . . *τὸν κληῖρον*) so zu deuten, dass den in der Peregrinität verbliebenen Kindern die erwähnte Capacität verliehen wurde; s. Huschke zu Gai. I. c., auch Theoph. Inst. II. 23, 1. Übrigens waren formlos Freigelassene und deren Nachkommen *capaces*: Gai. II. 275, Ulp. XXV. 7.

schäft seine Ordnung nur durch das Imperium der Magistrate empfangen haben, oder durch internationale Gewohnheit, die von den Praetoren zwar nicht ins Leben gerufen, doch anerkannt wäre. Ausgeschlossen ist jedenfalls die Ableitung des den Peregrinen zugänglichen Actes aus dem Legalrecht, da dieses grundsätzlich bloß für Bürger Geltung hatte.³⁷ Daher bliebe höchstens die Annahme einer zwiefachen Regelung zulässig. Was ein Volksgesetz zunächst für den Bürgerstreit bestimmt hätte, wäre durch den Fremdenpraetor ohne wesentliche Änderung in das Internationalrecht übertragen. Doch läßt sich zu Gunsten dieser Hypothese aus den Quellen nicht das Geringste anführen. Andererseits ist, mit einer einzigen Ausnahme, Alles, was wir von der Cognitur wissen, sehr wahrscheinlich auf den Praetor zurückzuführen; für manche Sätze ist diese Herkunft völlig gewiss.³⁸ Um sofort die Ausnahme darzulegen, so musste allerdings die vom Cognitor vollzogene Streitbefestigung, die bald als praetorischer bald als legitimer Vertrag erschien, zweimal geordnet sein: einmal durch Edict oder ungeschriebenes Amtsrecht, sodann durch einen Civilrechtssatz, der vielleicht ausdrücklich legalisirt war. Gaius (IV. 98) stellt nämlich, ohne zu unterscheiden, die Regel hin:

de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit.

Augenscheinlich bedeutet das den Ausschluss einer erfolgreichen zweiten Litiscontestatio durch den Principal selbst, gleichviel, ob *legitimo* oder *imperio continenti iudicio* agirt war.

³⁷⁾ Vgl. meine Processgesetze Bd. II § 23—30, besonders S. 141 bis 165.

³⁸⁾ So Cogliolo bei Padelletti Storia del dir. rom. p. 317, 318, und in seiner Storia del dir. privato rom. I p. 221, ferner M. Rümelin Geschichte d. Stellvertretung, S. 89—92.

Im letzteren Fall gewährte der Praetor nach seinem Ermessen³⁹ eine Exceptio *rei in iudicium deductae*, wenn der Herr die vom Cognitor verfolgte Sache zum Gegenstand eines neuen Streites machte. Hatte der Anwalt einen legitimen Process begründet, so wäre die Lage des Gegners ohne besondere Legalnorm genau dieselbe gewesen; der Herr hätte nach Civilrecht seine Actio nicht verloren, das Ermessen des Praetors hätte entschieden über Zulassung oder Verweigerung der Exceptio. Indessen ist damit der Satz, den Gaius überliefert, nicht wohl vereinbar. Die Litiscontestatio des in eigener Person *legitimo iudicio* Agirenden vernichtete nach Civilrecht seine Actio, bald *ipso iure* bald *ope exceptionis (civilis)*.⁴⁰ Der Magistrat konnte hier die Einrede, wo sie überhaupt nötig war, ohne Gesetzverletzung nicht deneigern. Dasselbe muss nun, Gaius zufolge, Rechtens gewesen sein, wenn ein Cognitor den Streit nach Legalrecht contestirt hatte. Die Verordnungsgewalt der Praetoren vermochte natürlich diesen Zustand nicht herbeizuführen. Daher ist entweder eine eigene Gesetzesbestimmung anzunehmen, die wir in die Aebutische und Julische Gerichtsordnung einfügen würden, oder eine Interpretation des die Streitbefestigung regulirenden Capitels⁴¹ jener Leges, wodurch die Juristen dem Agiren des Cognitors gleiche Wirkung zugeschrieben hätten, wie der Actio des Herrn selbst. Die Begründung dieser civilrechtlichen Norm (*quae legis uicem optinet*) könnte bei Gai. IV. 97 erhalten sein:

³⁹) S. Wlassak Processgesetze Bd. II S. 227, 327, 355, 356, 362, 364.

⁴⁰) Gai. IV. 118: *Exceptiones . . . quae omnes uel ex legibus uel ex his quae legis uicem optinent, substantiam capiunt*; dazu meine Processgesetze Bd. II S. 356, 364.

⁴¹) S. meine Processgesetze Bd. II S. 212, 213, 334, 363, Krit. Studien S. 19, 20.

cum enim certis et quasi sollemnibus uerbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur.

Von diesem éinen Punkt abgesehen ist anscheinend Alles, was die Cognitur betrifft, praetorische Ordnung, das Meiste sogar als edicirtes Recht im Album nachweisbar⁴², während die Quellen Nichts bieten, was sich nur vermutungsweise auf eine Lex zurückführen liesse. Dies Letztere ist hier besonders zu betonen hinsichtlich der Normen, die sich auf die Bestellung der Cognitoren beziehen. So wird vor Allem der vielbesprochene⁴³ Satz im A. ad. Her. II c. 13, § 20:

ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det
vom Rhetor (§ 19) aus dem *aequum et bonum* abgeleitet, aus einer Quelle, die der Verfasser neben das Volksgesetz (*lex*) und die mit gleicher Geltung begabte *consuetudo*⁴⁴ stellt. Am ehesten darf man wohl an eine Gepflogenheit im Gerichte der Praetoren denken, derzufolge hochbejahrte und kranke Personen auf den Antrag des Gegners, *causa cognita*, zur Ernennung eines Vertreters angehalten wurden, wenn durch ihre körperlichen Gebrechen die Erledigung der Streitsache gefährdet schien. Noch wichtiger ist die feststehende Thatsache, dass das praetorische Album in drei Edicten von der Bestellung

⁴²) S. Rudorff Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. IV S. 71—80 u. Edictum p. 47—49, Lenel Edictum S. 70—78.

⁴³) Litteratur bei Keller-Wach Civilprocess § 54 N. 633, dazu Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 417 N. 47, der es übersieht, dass nach A. ad Her. l. c. die Herleitung des Satzes aus einem Gesetz ausgeschlossen ist, ferner Eisele in Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVIII S. 198 und gegen ihn M. Rümelin Gesch. d. Stellvertretung S. 85, 86, 91, 92. Mit Eisele Cogn. S. 18, 19 verstehe ich die Worte *ut . . . cognitorem det* von einem Gebot, im Übrigen (S. 20—23) kann ich ihm nicht zustimmen.

⁴⁴) *Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae ac si legitimum sit, usitatum est* (II c. 13 § 19).

der Cognitoren handelte: *qui ne dent cognitorem — qui ne dentur cognitores — de cognitore abdicando uel mutando* [?]. Unsere Kenntniss dieser Clauseln beruht vornehmlich auf den Vatikanischen Fragmenten (322, 323, 341), welche die Ausführungen der Juristen unverändert wiedergeben. Nun finden sich in dem ganzen Abschnitt (317—341), der überschrieben ist: *de cognitoribus et procuratoribus* nirgends⁴⁵ Anspielungen auf die Theilung der *Judicia* in legitime und amtsrechtliche. Hätte der Praetor seine cognitorischen Edicte blos im Hinblick auf den Imperiumsprocess aufgestellt, so wären gewiss Spuren hievon in den klassischen Fragmenten erhalten. Das Stillschweigen der Quellen bestätigt also die von vornherein sehr glaubwürdige Annahme, dass es kein besonderes Recht für den Cognitor im gesetzlichen und im Imperiumsprocess gegeben hat, oder wenigstens keine legalisirte Ordnung, sondern nur Amtsrecht, geschriebenes und ungeschriebenes, im Album des Bürger- und des Fremdenpraetors.⁴⁶

Gar keinen Anhalt giebt die Überlieferung für die Beantwortung der Frage, ob auch die Ernennungsformeln auf der Gerichtstafel eines der beiden Jurisdictionenbeamten verzeichnet waren. Besser begnügen wir uns damit, blos deren Feststellung durch ein Volksgesetz in Abrede zu nehmen.⁴⁷ Übrigens dürfte man die Proponirung im Album keineswegs

⁴⁵) Vgl. dagegen Paul. Vat. Fr. 47a—49.

⁴⁶) Das Edictsbruchstück in Vat. Fr. 320 über die Unfähigkeit zur Bestellung eines Cognitors (s. Karlowa Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. IX S. 220—229) setzt römische Bürger voraus. Auf solche Bestimmungen wird der Peregrinenpraetor nur verwiesen haben (s. Wlassak Processgesetze Bd. I S. 202—204, 261 N. 46, II S. 185, 186 N. 5); jedenfalls galten sie nicht für die Fremden, die *per cognitorem* agiren wollten.

⁴⁷) Dazu führt auch Ulp. Vat. Fr. 318 (oben S. 63). Durch die Legalisirung wären *legis actiones* entstanden (mindestens im weiteren

für etwas Absonderliches ansehen. Sind doch die praetorischen Stipulationen auch nichts Anderes als Muster für Parteiensprüche. Selbstverständlich hätte das Album beider Praetoren in Rom nur lateinische Formeln enthalten. Paulus' Bemerkung über die Zulässigkeit der griechischen Sprache könnte gerade durch diesen Umstand veranlasst sein.⁴⁸

Im Bisherigen ist Stoff genug vorgeführt, an den sich Vermutungen über den Entwicklungsgang der Cognitur anknüpfen lassen. Auszugehen ist von einem, wie ich glaube, unbestreitbaren Satz: von dem Ursprung der förmlich bestellten Anwaltschaft im Process mit Streiturkunden. In Rom ist dieses Verfahren zunächst als *Judicium imperio continens* eingeführt und zwar zuerst für den Streit zwischen Römern und Fremden⁴⁹. Hier im Internationalprocess wird man vielleicht auch die Anfänge der Cognitur suchen dürfen⁵⁰. Für die Handel treibenden Peregrinen, die in Rom nicht ihren Wohnsitz hatten, mochte sich frühzeitig das Bedürfniss einer Vertretung in Rechtshändeln herausstellen. Wurde ihnen gestattet, nach der Streitbefestigung die Führung der Sache einer Person zu ver-

Sinn; s. Jhering Geist II 2. Abt. § 47 c S. 638-645 — 4. A., meine Processges. Bd. I S. 250 II S. 57). So hätte ihnen Ulpian nicht leicht *legis actiones* entgegenhalten können.

⁴⁸) Eine Hinweisung auf spätere Übernahme der Cognitur aus dem Bürgerrecht ins Fremdenrecht vermag ich in Vat. 319 nicht zu finden. Jhering Geist II 2. Abt. § 47 a N. 801 S. 593 (vgl. übrigens Scherz und Ernst S. 318) stellt das Fragm. neben Ulp. D. 46, 4, 8, 4. Doch äussert sich Letzterer über die Acceptilation wesentlich anders: . . . *hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri*. Dass nur die Rücksicht auf die Fremden den Gebrauch der *Graeca uerba* rechtfertigt (*ideo!*), sagt Ulp. ausdrücklich.

⁴⁹) Vgl. Jhering Scherz u. Ernst S. 229.

⁵⁰) Dies scheint auch Jhering in Scherz u. Ernst S. 318 andeuten zu wollen.

trauen, die am Gerichtsort ansässig war, so lag schon darin eine erhebliche Erleichterung.⁵¹ Möglicher Weise ist auch die Zulassung des Cognitors zur Processgründung zuerst im Gericht des Peregrinenpraetors durchgesetzt. Freilich ist dies Alles unbezeugt. Wer da behauptet, die Cognitur sei von den Praetoren in den Schriftprocess unter Bürgern eher eingeführt als in das Streitverfahren des Fremdengerichts, den vermöcht ich nicht zu widerlegen. Mehr Wahrscheinlichkeit aber wird man der ersteren Annahme zuschreiben dürfen, und zwar aus folgenden Gründen. Vor Allem deswegen, weil das Legalrecht, welches nur für Römer galt, fast gar keinen Anteil hatte an der Regelung der Cognitur. Ist die ganze Einrichtung dem Schriftprocess eigentümlich, so liegt Nichts vor, was uns noch bestimmen könnte, den Gedanken an den Ursprung im Bürgerrecht zu bevorzugen. Wurde mit Streiturkunden längst agirt, bevor die Aebutia diesen *modus* unter Römern zum gesetzlichen machte, so ist nicht einzusehen, weshalb die Cognitur nicht ebenfalls älter sein sollte, als das genannte Reformgesetz. Dass aber der Peregrinenpraetor weit mehr Anlass hatte, den Eintritt eines Cognitors zu gestatten als der Gerichtsherr der Bürger, das bin ich allerdings zu behaupten gemeint. Procurator und Cognitor unterscheiden sich ja wesentlich dadurch, dass der erstere Cautionen stellen muss und als Beklagter der Execution unterliegt, während der letztere fast gar Nichts aufs Spiel setzt. Nun konnte gewiss der Römer viel eher darauf rechnen, im heimischen Gericht

⁵¹) Der Fremde konnte Rom verlassen. Die Behauptung (arg. Pseudo-Ascon. in Cic. divin. c. 4 § 11 — Orelli p. 104; vgl. neuerdings Bethman-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 419), dass der Principal während des Processes anwesend sein musste, ist schon von Buchholtz Vatic. Fragm. p. 340—342, Zimmern Rechtsgeschichte Bd. III S. 470 als irrig erwiesen.

durch einen Procurator vertreten zu werden, als der Fremde, wenn nicht für diesen auch ein Gastverhältniss⁵² zu einem Privaten begründet war. Demnach hatte der Praetor die Aufgabe, aus dem Procurator⁵³ *absentis*, der nur auf eigene Gefahr defendiren und agiren konnte, einen Vertreter zu machen, der von

⁵²) Es sei mir gestattet, hier auf die schönen, nach meinem Dafürhalten in der Hauptsache überzeugenden Darlegungen von Jhering Deutsche Rundschau Bd. LI S. 357—397 (1887) hinzuweisen.

⁵³) Die Ansicht (in meiner Neg. Gestio S. 46—57; vgl. aber oben S. 63 N. 31), dass die Processprocuratur (namentlich die defensorische) älter sei als die Cognitur, ist besonders von Lenel Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVII S. 149, 150 bekämpft, hat aber in den letzten Jahren mehr und mehr Anhänger gewonnen: s. Eisele Cognitur S. 76—78 N. 48, S. 110 N. 73, M. Rümelin Gesch. der Stellvertretung S. 80, 89 bis 92, Hruza Lege agere p. tutela S. 52 N. 12, M. Voigt R. Rechtsgesch. Bd. I S. 296 N. 71, auch Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. f. Privat- und öffentl. Recht Bd. VII S. 374. Eisele S. 78 N. 48 sagt: „die Cognitur, die Wlassak im Auge hat, ist wirklich jünger als die Procuratur.“ Neben diesem Zugeständniss in der Note macht die sehr kräftige Zurückweisung meiner Gründe auf S. 14—18 einen etwas seltsamen Eindruck, zumal da E. keine anderen hinzufügt als Vat. 322 und die — unrichtige; s. oben S. 33, 37, 53 — Behauptung, dass der Cognitor bei Cicero noch auf das Schwurgericht beschränkt sei. Dagegen haben allerdings Eiseles Untersuchungen eine bessere Einsicht in das Verhältniss zwischen Procuratur und Cognitur ermöglicht. Die erstere stellt den Rohstoff dar, aus dem die feinere Einrichtung hergestellt wurde. Im Recht der Procuratur sind aufs strengste alle Folgerungen aus der Thatsache gezogen, dass es nicht der Rechte ist, mit dem sich der Gegner einlassen soll. Der Cognitor ist notwendig bestellt (s. oben S. 47); so dringt hier der uns geläufige Gedanke des Handelns *per alium* (S. 22, 23, 43 N. 14) durch. [Was Voigt a. a. O. I S. 293 N. 55, S. 299 N. 83 über das Nebeneinander des cognitorischen Edictes, das die Infamen ausschliesst, und des Edictes mit den Postulationsverboten sagt, zeigt wieder, wohin es führt, wenn man dem Formularprocess den Streitbefestigungsakt ab-erkennt und demnach *agere* und *postulare* nicht auseinander halten kann; s. oben S. 18 N. 3].

den Wirkungen des Processes möglichst wenig berührt wurde, und der trotzdem für die andere Partei noch als annehmbarer Gegner erschien. Nach meinem Ermessen ist das Problem nicht auf einmal gelöst: dem Cognitor *ad agendum* geht der blosse Processführer voran⁵⁴; das für den älteren Vertreter ausgebildete Recht ist dann, noch in der Zeit der Republik und jedenfalls vor Cicero, auf den förmlich bestellten Anwalt erstreckt, der für den Herrn auch den Streit befestigt.

Um darzuthun, wie gut sich die Gestaltung der klassischen Cognitur aus der Annahme eines Vertreters ableiten lässt, der vom selbstagirenden Herrn „*in litem* substituiert“ war, vergleichen wir nun genauer den Procurator mit dem Cognitor. Zuerst fassen wir den Vertreter auf der Klägersseite ins Auge. Als Procurator musste er *Cautio de rato* leisten, weil der von ihm geschlossene Processvertrag jeder Einwirkung auf den Anspruch des Herrn entbehrte; dem gemäss erwarb auch der Procurator im Fall des Siegs den Judicatsanspruch für sich. Genau das Gegenteil gilt für den Cognitor *ad agendum*. Vorbildlich war hiefür die Behandlung des *ad litem exercendam* gegebenen Anwalts. Hatte der Principal selbst mit cognitorischer Formel den Streit begründet, so kam natürlich der Grundsatz: *ne bis de eadem re sit actio* zur Anwendung, wenn er, d. h. dieselbe Person der nämlichen Sache wegen ein zweites Mal agiren wollte. Der Judicatsanspruch entstand allerdings, dem Wortlaut der Formel und des Urteils entsprechend, zunächst für den Cognitor; doch liegt in der Übertragung der Actio auf den Principal lediglich eine Wiederher-

⁵⁴) Für das S. 38 angenommene Altersverhältniss spricht auch die Zulässigkeit genereller Bestellung des Cognitors *ad agendum*; vgl. Jhering Geist Bd. IV § 53, der S. 165 N. 207 (4. A.) mit Recht bemerkt: „Dass der Cognitor ursprünglich unbestimmt und generell hätte ernannt werden können, halte ich für völlig unmöglich.“

stellung der Grundregel, dass nur der Contrahent aus seinem Vertrag Rechte erwirbt. Was sodann den Procurator als Defensor anlangt, so musste er *Cautio iudicatum solui* leisten, *quia nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur* (Gai. IV. 101); die Verpflichtung aus dem Judicat traf ihn selbst, nicht den Principal. Auch hier ist für die Behandlung des *ad litem suscipiendam* gegebenen Cognitors das Vorbild der älteren Art massgebend gewesen. Wollte sich der Herr, der in eigener Person die Formel aus der Hand des Klägers empfing, von der weiteren Defensionspflicht freimachen und sie abwälzen auf einen Anderen, so musste Cautio gestellt werden. Und von wem? Natürlich vom beklagten Principal, der ja in Jure anwesend war, der sich für die Dauer des Processes durch die Ernennung eines Processführers seiner Verteidigungspflicht entziehen wollte, der aber die Schuld, die etwa aus dem Urteil erwüchse, selbst zu tilgen gedachte. Demnach hatte auch die Sentenz, die „formell“ auf den Namen des Anwalts lautete, in Wahrheit eine andere Richtung. Die Gewährung der *Actio iudicati* gegen den Principal war wieder, nach der Lage der Dinge, so gut wie selbstverständlich.

In allen hier erwähnten Punkten trat keine Änderung ein, als der Cognitor nach dem Muster des Procurators zum Vollzug der Streitbefestigung zugelassen wurde. Dagegen erscheint die jüngere Bestellungsformel allerdings in etwas anderem Licht als die ältere. In der letzteren haben wir einen Spruch gefunden, der den feierlichen Abschluss des Processvertrags begleitet und vervollständigt (S. 27). Das Erforderniss der *certa uerba* passte vortrefflich zu dem Charakter des ganzen Actes und erklärt sich hauptsächlich aus der Zugehörigkeit zu dem formellen Hauptgeschäft. Bezüglich der jüngeren Sprüche dürfte diese Begründung offenbar nicht wiederholt werden. Allerdings wurden die Worte: *quod*

agere uolo, quia agere uis der Regel nach (S. 21) ebenfalls von Parteien verwendet, die vor dem Praetor standen. Auch kann es gar nicht befremden, dass solche Sprüche einstens in Rom im Gebrauch waren, zumal wenn sie ziemlich alt sein sollten. Nur das möchte erklärt sein, weshalb noch die Hadrianische Zeit an den *certa uerba* festhielt, deren Bestand durch kein Volksgesetz gesichert war?

Weder die Macht der Gewohnheit noch die Freude an der Äusserlichkeit kann die Sprüche vor dem Untergang bewahrt haben. Entscheidend waren ohne Zweifel die praktischen Vorteile, die jede gut gewählte Form mit sich bringt.⁵⁵ Durch das Erforderniss der Ernennung im Angesicht des Gegners und mit hergebrachten Worten sollte Dasein und Inhalt der Vollmacht möglichst gesichert werden. Gaius (IV. 97, 98) bezeugt es ausdrücklich, dass durch die förmliche Bestellung die bevorzugte Behandlung des Cognitors im Vergleich zum Procurator gerechtfertigt sei. So wenig dieser Gedanke geeignet war, die Gestaltung der älteren Cognitur zu beeinflussen, so nahe liegt es, ihn für massgebend zu erachten schon bei der ersten Zulassung des in förmlicher Weise *ad agendum* gegebenen Anwalts. In Geltung ist der alte Gedanke geblieben die klassische Epoche hindurch und noch darüber hinaus. Etwas modernisirt hat er sogar im Gebiete der Procuratur seine Triebkraft von Neuem entfaltet, wie die Abzweigung des *procurator praesentis* und *apud acta factus* beweist. Diese Neubildungen aber setzt man⁵⁶ allgemein und mit Recht erst in die Zeit der letzten grossen Juristen.

⁵⁵) Vgl. Jhering Geist II 2. Abt. §§ 45, 45 a.

⁵⁶) S. Keller-Wach Civilprocess § 52 N. 618—620 (S. 268), Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 423.

Otto Fischer.

Das Problem der Identität und der Neuheit
mit besonderer Berücksichtigung der Spezifikation.



§ 1. Das Problem.

Sehr häufig kommt der Jurist in die Lage, sich theoretisch oder praktisch mit der Frage beschäftigen zu müssen, ob ein Etwas mit einem anderen Etwas¹ identisch sei, oder ob es jenem anderen gegenüber als etwas Neues angesehen werden müsse. Und zwar handelt es sich dabei, wenigstens in den hier zu besprechenden Fällen, nicht um Gleichartigkeit, sondern um individuelle Selbigkeit.

Die gewöhnlichsten Fälle der Feststellung einer Personen- oder Sachidentität, z. B. bei gerichtlichen Vernehmungen bez. Versteigerungen, können ohne weitere juristische oder sonstige wissenschaftliche Vorbildung erledigt werden. Man legt die gewöhnlichen Anschauungen des Lebens zu Grunde und gelangt dann regelmässig ohne Weiteres zu sicheren Ergebnissen.²

¹) Die Bezeichnung „anderes Etwas“ ist im Falle wirklicher Identität eigentlich ein Widerspruch. Das zweite Ding ist im Vergleich zum ersten kein anderes, sondern es ist dasselbe erste Ding, das nur zweimal genannt wird. Vgl. Erdmann, Logik I. S. 174.

²) Höchstens entstehen thatsächliche Schwierigkeiten. So wollte einst ein besonders penibler Untersuchungsrichter in Neuvorpommern das dem Einbrecher abgenommene und vom Bestohlenen unzweifelhaft wiedererkannte Ferkel, welches bis zur Schwurgerichtssitzung zu einem

Mit der gleichen naiven Sicherheit pflegt Mancher auch da zu operiren, wo in der Rechtsordnung von der Bejahung oder Verneinung der Identität die wichtigsten Rechtsfolgen abhängig gemacht sind.

Die Identität wird sowohl von den römischen wie von den modernen Juristen als rechtlich erheblich hingestellt und erörtert. Auch die Gesetzgebungen der neueren Zeit haben die Identität bezw. ihren Gegensatz, die Neuheit, zum Thatbestandsmoment ihrer Rechtsnormen gemacht. Und der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches hat, falls er nicht in den hier in Betracht kommenden Punkten Abänderungen erleiden sollte, der Identitätsfrage ihre praktische Bedeutung für die Zukunft gesichert.

Von den Rechtsgebieten, welche bei dem Identitätsproblem interessirt sind, sollen hier nur Privatrecht und Civilprozessrecht in Betracht gezogen werden. Handelt es sich in dem letzteren um die Identität bez. Neuheit der Streitsache, des Rechtsstreits, der Klage und des Klagegrundes, so stehen im Privatrecht im Vordergrund die Fragen nach der Identität des subjectiven Rechts bezw. des Rechtsverhältnisses, insbesondere bei der Succession und der Novation. Aber auch die Identität körperlicher Sachen ist festzustellen, indem namentlich bei der Spezifikation der Eigenthumserwerb des Specifikanten davon abhängig ist, dass das durch die Verarbeitung hergestellte Produkt gegenüber dem Stoffe als eine neue, nicht mehr identische Sache anzusehen sei. Und auch in der Lehre vom s. g. *error in substantia* ist darauf Gewicht gelegt worden,

stattlichen Schweine herangewachsen sein konnte, inzwischen im Gerichtsgebäude alimentiren lassen, wobei das Thier ein durch das Ohr gezogenes Blech mit dem von Zeit zu Zeit zu erneuernden Gerichtssiegel tragen sollte.

ob die durch den Irrthum betroffene Eigenschaft geeignet war, die Wesenheit oder Identität der fraglichen Sache zu alteriren.

Bei näherer Betrachtung vieler dieser Fälle und der Behandlung, welche sie in Theorie und Praxis erfahren haben, zeigt sich, dass mancherlei Schwierigkeiten und Unklarheiten entstehen, die der „gesunde Menschenverstand“ nicht ohne Weiteres zu heben vermag, so dass die Frage der Identität und die Methode ihrer Lösung wissenschaftlich behandelt werden muss.

Windscheid¹ hat die Frage nach der Identität des subjectiven Rechts, genauer die Frage „nach den Merkmalen, welche wirklich massgebend seien für die Identität des Rechts“ „eine schwierige und wohl noch nicht abschliessend erörterte“ genannt. Er bezweifelt daher offenbar nicht, dass diese Frage der Rechtswissenschaft angehört. Dagegen sagt er in der Specificationslehre:² „Die Frage, was dazu gehört, damit man sagen könne, es sei eine neue Sache geschaffen, ist keine juristische Frage.“

Letzterer Aufstellung muss widersprochen werden. Windscheid selbst sagt uns³, dass die Momente der Thatbestände, auf Grund deren sich eine Rechtsveränderung vollziehe, juristische Thatfachen seien. Wenn daher die Rechtsordnung bei der Specification die wichtigste Rechtsfolge, den Uebergang des Eigenthums auf den Spezifikanten, von der Neuheit abhängig gemacht hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Neuheit eine wichtige juristische Thatfache ist. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, die Begriffe zu präzisiren und die

¹) Pandekten, 7. Aufl., I. § 63, A. 6.

²) A. a. O. I. § 187, A. 4 a.

³) A. a. O. I. § 67.

Rechtsgebilde auf ihre letzten Elemente zurückzuführen.¹ Daher beschäftigt sich der allgemeine Theil der Rechtslehre vorzugsweise mit der näheren Bestimmung der juristischen Thatfachen von allgemeinerer Bedeutung. Daher hat die Jurisprudenz auch diese juristische Thatfache bezw. diesen Begriff, mit dem die Rechtsanwendung arbeiten muss, näher zu bestimmen und zu analysiren. Windscheid fügt dem bekämpften Satz hinzu: „sie kann nur nach der Verkehrsauffassung beantwortet werden.“ Auch wenn dieses richtig wäre, so würde dadurch die Frage nicht aufhören, eine juristische zu sein.² Die Rechtswissenschaft ist eine praktische, alle Lebensverhältnisse umfassende Wissenschaft. Sie ist deshalb, wie dies schon Ulpian mit seiner Definition der *iurisprudencia* als *divinarum atque humanarum rerum notitia*, freilich nicht ganz glücklich, anzudeuten sucht, genöthigt, alle möglichen anderen Wissenschaften und Künste, Lebenserfahrungen und Verkehrsanschauungen zur Lösung ihrer Probleme heranzuziehen. Sie wird sich deshalb in manchen Fällen damit begnügen dürfen, den richtigen Weg z. B. die medizinische Wissenschaft, die Baukunst, die Auffassung des Verkehrs und die Beachtung seiner Bedürfnisse, selbst die Würdigung des einzelnen Falles nach freiem Ermessen anzugeben und das Nähere der bezeichneten Erkenntnisquelle und ihrer Lehre zu überlassen, wenn nämlich die Rechtsanwendung dadurch in den Stand gesetzt wird, ohne Weiteres oder doch durch Zuziehung von Sachverständigen

¹) Schuppe, die metaphysisch-naturwissenschaftliche Richtung in der Jurisprudenz, in Gruchot's Beiträgen, 34. Jahrgang (1890) S. 815.

²) Bechmann, Ueber den Rechtsgrund des Eigenthumserwerbs durch Spezifikation, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 47. S. 44. sagt daher vorsichtiger: Im Einzelnen kann die Frage, wann hiernach eine *nova species* vorhanden sei, nur vom Leben nicht von der Jurisprudenz beantwortet werden.

der entsprechenden Art die Antwort im einzelnen Falle mit der nothwendigen Sicherheit zu geben.

Von diesem Standpunkte erscheint es auch als Aufgabe der Rechtswissenschaft, für alle Fälle, in denen von der Feststellung der Identität oder Neuheit rechtliche Folgen abhängen, die Methode dieser Feststellung bestimmt anzugeben, und dafür einzustehen, dass dieselbe zum Ziele führt.

Die folgenden Zeilen beabsichtigen nicht im Entferntesten, die von Windscheid vermisste „abschliessende Erörterung“ zu geben. Sie wollen nur zur erneuten Prüfung des Problems anregen, indem die bisher eingeschlagenen Methoden der Lösung geprüft und Wege zur Erreichung des Ziels vorgeschlagen werden.

Die Tendenz persönlicher Polemik liegt dieser Auseinandersetzung völlig fern. Dass vorzugsweise Windscheids Pandektenwerk zum Ausgangspunkt genommen wird, rechtfertigt sich bei dem praktischen Zwecke dieses Aufsatzes durch die hervorragende Bedeutung, welche jenem Werke für Theorie, Praxis und Gesetzgebung der Gegenwart zukommt.

§ 2. Ausgangspunkte.

Zweierlei lässt sich von vornherein für alle Fälle feststellen.

Bei der Frage identisch oder neu handelt es sich nicht, wie bei der mathematischen Formel $a = a^1$ um eine absolute

¹⁾ Das gleichlautende logische s. g. Identitätsgesetz will sagen, dass jeder gedachte einfache Inhalt sich selbst gleich sei. Es hat mit der hier zu behandelnden Frage direct nichts zu thun. Während es nach Fichte die höchste Thatsache empirischen Bewusstseins, nach Wundt

Identität, um eine Uebereinstimmung sämmtlicher Merkmale oder Theilinhalt. [Wenn im Rechtsleben die Frage der Identität aufgeworfen wird, so haben stets irgend welche Veränderungen stattgefunden.] Das gilt selbst für die einfachsten und gewöhnlichsten Fälle der Personen- und Sachidentität, da, soweit es auf den Leib oder auf den Stoff ankommt, selbst von heute auf morgen Veränderungen vor sich gegangen sind. Auch die auf einer unveränderten Kontinuität beruhende Identität der stetigen und unveränderlichen Atome oder der Seele, des Ichs, muss hier ausser Betracht bleiben, weil auch eine solche in den rechtlich wirklich zweifelhaften Fällen niemals in Frage steht.

Auf der anderen Seite wird die Frage der Identität dann nicht mehr erhoben, wenn bei den zu vergleichenden Dingen überhaupt kein übereinstimmend gebliebener Theilinhalt aufzufinden ist. Wenigstens wird man, wenn kein gemeinsames Datum vorhanden ist, über die Verneinung der Identität nicht im Zweifel sein.

Die theoretisch und praktisch schwierigen Fälle liegen sämmtlich zwischen diesen beiden Extremen. [In einigen Daten stimmen die zu vergleichenden Dinge überein, in anderen dagegen nicht, und nun wird gefragt, ob dieser nicht übereinstimmenden Merkmale ungeachtet doch noch eine Identität, und

Schneidmüller

das fundamentalste Gesetz der Erkenntniss und nach Erdmann das selbstverständliche Grundgesetz alles Darstellens ist, meint Sigwart, dass man dem Princip der Identität zu vielerlei Bedeutungen gegeben und zu vielerlei Leistungen zugemuthet habe. Und Schuppe will mit Anderen dasselbe als völlig werthlos ganz bei Seite gelegt wissen. Vgl. Sigwart Logik I S. 77 ff., Wundt Logik I S. 504 ff., Schuppe Logik S. 142 ff., Erdmann a. a. O. I S. 168 ff., 266 ff., Lotze Mikrokosmos 3. Aufl. II S. 298.

7
F. T. T. T. T.

zwar eine individuelle Identität, angenommen werden könne, oder ob trotz des Vorhandenseins übereinstimmender Merkmale eine Neuheit oder Nichtidentität vorhanden sei.

Für die prinzipielle Untersuchung lässt sich dann noch eine weitere Gruppe von Fällen ausscheiden. Wenn das positive Recht, Gesetz oder Gewohnheitsrecht, für den Einzelfall bestimmt hat, dass die Identität oder die Neuheit anzunehmen sei, oder dass die an die Identität oder Neuheit angeknüpften Rechtsfolgen einzutreten hätten, so ist damit für diese Fälle die Frage praktisch erledigt. So z. B. wenn die Deutsche Civilprocessordnung¹ bestimmt, dass die Forderung des Interesse anstatt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung an sich als Klagänderung nicht anzusehen sei, oder wenn § 894 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich verordnet, dass als Herstellung einer neuen Sache unter Umständen auch eine auf die Oberfläche sich beschränkende Bearbeitung anzusehen sei, oder wenn endlich dem Gajanischen Ausspruch: *qui excussit spicas, non novam speciem facit*² Gesetzeskraft dahin beigelegt wird, dass Dreschen keine Spezifikation sei.

In solchen Fällen kommt es gar nicht darauf an, ob man die gesetzliche Statuierung der Identität oder der Neuheit für begrifflich richtig oder für fictiv hält. Jedenfalls haben nach der gesetzlichen Bestimmung bei dem Vorhandensein der konkreten Voraussetzungen der gegebenen Fälle die rechtlichen Folgen der Identität bez. Nichtidentität einzutreten, ohne dass bei der Rechtsanwendung das Dasein der Identität oder Nichtidentität zu prüfen wäre.

¹) § 240 Z. 3 C. P. O.

²) Fr. 7 § 7 D. de acquir. rer. dom. 41, 1.

Es erübrigen aber immer noch die weit zahlreicheren Fälle, in denen das positive Recht keine direkt anwendbare Kasuistik bietet.

Lässt sich für alle diese Fälle übereinstimmend oder nach Klassen gesondert, eine Regel oder Methode finden, nach der die Identitätsfrage so bestimmt beantwortet werden kann, wie dies die Sicherheit der Rechtsordnung und Rechtsanwendung verlangt?

Seitdem das Naturrecht in Acht und Bann gethan ist, giebt die Pandektenlehre als einziges Mittel zur Beantwortung von Rechtsfragen, auf welche das positive Recht keine directe Antwort giebt, die Analogie an, die Gesetzesanalogie und die davon im Einzelnen freilich schwer abzugrenzende Rechtsanalogie.

Soweit positiv rechtliche Bestimmungen die Identitätsfrage für einzelne Fälle beantworten, lässt sich versuchen, die Entscheidung mittelst der Gesetzesanalogie auf solche ähnliche Fälle zu übertragen, welche in den für die Gesetzgebung massgebend gewesenen Gesichtspunkten nicht abweichen, und mögen daher auch solche Fälle hier ausscheiden.

Wie nun aber für das Weitere die Rechtsanalogie helfen sollte, ist nicht abzusehen. Der „Geist des Rechtsganzen“ wird, man mag ihn beschwören, wie man will, keine präzise Antwort auf die Frage geben, was im Rechtsleben unter Identität oder Nichtidentität zu verstehen sei. Er wird nicht mehr, wenn nicht weniger, leisten, als der „Geist der Zeiten“, mit dem ihn Bekker¹ zusammengestellt hat.

So lange der Versuch nicht gemacht ist, die Frage auf diesem Wege zu lösen, wird man auch hier den Verweis auf

¹) System und Sprache S. 27.

die Rechtsanalogie lediglich als eine Verschleierung der theoretischen und praktischen Rath- und Hülfslosigkeit betrachten dürfen.

Dem Versuche, zur näheren Bestimmung des Identitätsbegriffs die Philosophie heranzuziehen, wird der Jurist von vornherein mit Misstrauen gegenüber stehen. Dernburg¹, welcher hier die Durchschnittsmeinung der Juristen in einer der Philosophie verhältnissmässig freundlichen Weise vertreten dürfte, sagt: „Neben der Geschichte und dem praktischen Rechte darf die Leuchte der Philosophie nicht fehlen. Aber Herrin darf sie auf dem Gebiete des positiven Rechts meiner Ansicht nach nicht werden.“ Wie dies näher zu verstehen ist, lehrt folgender spätere Satz²: „Die allgemeinen Lehren der Pandekten beschäftigen sich zum Teil mit Problemen, welche sich auch die Rechtsphilosophie zu stellen hat. Der Standpunkt der Pandekten bezüglich dieser Probleme ist ein anderer als derjenige der Rechtsphilosophie. Die Pandekten haben die dem römischen und gemeinen Rechte zu Grunde liegenden Vorstellungen darzulegen. In diesen macht sich oft eine konkrete Anschauung und stets der Gesichtspunkt der praktischen Verwendbarkeit (?) geltend. Die Rechtsphilosophie mag solchen Anschauungen kritisch gegenüberstehen. Sie hat andere Aufgaben, als die positive Jurisprudenz. Unseres Erachtens muss es beiden Disciplinen förderlich sein, wenn sie erkennen, dass ihre Methoden und Ziele nicht identisch sind.“ Zur Klarstellung dürfte dem gegenüber einmal zu bemerken sein, dass die Pandekten doch nur die römischen Rechtssätze, soweit sie bei uns zur Geltung gelangt sind, darzulegen und festzuhalten haben. Es wird dabei erwünscht sein und das Verständniss fördern, auch der theoretischen Vorstellungen

¹) Pandekten. 3. Aufl. I. S. IV.

²) A. a. O. S. 43.

der Römer zu gedenken. Aber die Lehre des geltenden positiven Rechts ist nimmermehr gezwungen, diese Vorstellungen als etwas unumstösslich Richtiges für alle Völker und Zeiten, insbesondere für die deutsche Gegenwart Gültiges hinzunehmen. Sie hat dasselbe Recht, diese Vorstellungen zu kritisiren, und ihnen nöthigenfalls die gefundenen richtigen Vorstellungen zu substituiren, wie die Rechtsphilosophie und die Philosophie überhaupt gegenüber den in der Geschichte der Philosophie hervortretenden Anschauungen.

Und ferner. Die Rechtsphilosophie kann sich ganz andere Aufgaben stellen, als die Beschäftigung mit einem positiven Recht, speciell mit den Rechtssätzen römischen Ursprungs. Dann sind natürlich ihre Ziele verschieden von den Zielen der Pandektenlehre. Es handelt sich dann aber auch in beiden Disciplinen nicht mehr um dieselben Probleme. Aber die Philosophie — und es kommt dabei die Logik mehr noch als die eigentliche Rechtsphilosophie in Frage — kann sich auch mit der Kritik der für das römische Recht zu entwickelnden Theorie, insbesondere der allgemeinen Rechtslehre beschäftigen, und nur in diesem Falle würden ihre Probleme mit den Pandektenproblemen in der That identisch sein. Wenn man nun festhält, dass alle Wissenschaft Streben nach Erkenntniss der Wahrheit ist, dass die Wahrheit nicht eine mehrfache, sondern nur eine sein kann, und dass es deshalb wohl eine besondere juristische Methode, nicht aber eine von der Logik im Allgemeinen verschiedene Rechtslogik geben kann, so ist nicht abzusehen, wie bei wirklicher Gleichheit der Probleme Ziele und Ergebnisse verschieden sein könnten. Ich glaube auch nicht, dass Dernburg dieser Präcisirung des Verhältnisses seine Zustimmung versagen wird.

Jedenfalls haben wir Juristen uns sämmtlich davor zu hüten, gegenüber der Philosophie den Standpunkt einzunehmen,

den ein bloß handwerksmässig arbeitender, auf die Kenntniss des unmittelbar Erlebten beschränkter Praktiker irgend eines Faches gegenüber der Theorie einzunehmen pflegt. *Though they profess to despise theory, they are in reality enslaved by it.*¹ Ein solcher will von der Theorie, deren Fortschritten er nicht folgt, nichts wissen, und merkt dabei nicht, dass er sich einem veralteten, von der Wissenschaft längst aufgegebenen Standpunkte zu eigen gegeben hat.

Im Folgenden soll mit gütiger Unterstützung philosophischer Freunde über Anschauungen älterer und neuerer Philosophen, welche sich auf die Identitätsfrage und mit derselben im Zusammenhang stehende Dinge beziehen, Einiges mitgeteilt werden. Diese philosophischen Erörterungen sind nun allerdings in ihren Zielen mit der hier vorliegenden juristischen Aufgabe nicht identisch. Denn den Philosophen hat dabei das Recht und die Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Rechtsanwendung völlig fern gelegen. Obwohl sonach hier Dernburgs Bemerkung zutrifft, können die philosophischen Untersuchungen doch zur allgemeinen Orientirung dienen. Wie weit sie dann für die Rechtswissenschaft Verwendung finden können und Verwendung gefunden haben, kann nur die später folgende juristische Untersuchung der in Betracht kommenden Einzelfragen ergeben.

Bei Aristoteles² ist der oberste Begriff das Seiende oder die Substanz (οὐσία, τὸ τί ᾗν εἶναι). Alles Sein beruht auf Materie (ὕλη) und Form (εἶδος, μορφή, λόγος). Die Materie ist zunächst bei allen Körpern gleich. Sie ist auch vorläufig nicht eigentlich seiend, sondern etwas bloß mögliches, jedenfalls unkörperliches, im Zustande der Bestimmungslosigkeit,

¹) Buckle, History of Civilization in England. V. cap. 20.

²) Zeller, die Philosophie der Griechen 3. Aufl. II, 2 S. 303 ff., Baeumker das Problem der Materie in der griechischen Philosophie S. 210 ff.

Beraubung (στέρησις) Befindliches. Das Werden, welches stets zugleich ein Vergehen ist, bestehe darin, dass aus der Materie als Substrat (ὑποκείμενον) im Wege der Vereinigung (σύννοδος) mit der Form (εἶδος, μορφή), welche übrigens keineswegs mit äusserer Gestalt gleichbedeutend ist, vielmehr als wesentliches, bestimmendes Princip, Zweck, Begriff (λόγος) aufzufassen ist, das Ding entsteht. Ein aus Materie und Form zusammengesetzter Körper kann dann wiederum als Materie für weitere Gestaltungen dienen, wie z. B. der Stoff bei Kunstproducten, der Leib für die Seele.

Das Wesentliche sieht also Aristoteles in der Form. Dagegen erblickt er in der Materie das *principium individuationis*, d. h. den Grund dafür, dass spezifisch gleiche Formen in einer Mehrheit von Individuen vorkommen können und zugleich den Grund für die individuellen Eigenthümlichkeiten dieser Individuen.

Für die Stoiker,¹ denen aus später zu erörternden Gründen eine ganz besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden muss, ist nur das Körperliche seiend oder wirklich im strengen Sinne². Das Gedachte ist nichts Wirkliches; nur sinnliche Wahrnehmungen liefern den Stoff für das Erkennen [ἐννόημα ἔστι φάντασμα διανοίας].

Ganz streng hat die Stoa freilich den bezeichneten Standpunkt nicht festgehalten. Ueber das Seiende (τὸ ὄν) stellt sie das unbestimmtere Etwas (τὸ τί) und zerlegt dieses in das Körperliche und das Unkörperliche. (τῶν τινῶν τὸ μὲν εἶναι σώματα, τὰ δὲ ἄσώματα). Aber es wird dann vielfach,

¹) Zeller, a. a. O. III, 1 S. 78 ff., Baeumker a. a. O. S. 330 ff., auch Göppert, über Einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen S. 20 ff., 75 ff.

²) Baeumker a. a. O. S. 382: „Den Stoikern verbot ihr Materialismus in der Natur etwas als wirklich anzunehmen, das nicht Körper wäre.“

dem Unkörperlichen, um dasselbe als wirklich und nach Art des Seienden behandeln zu können, mittelst einer Art philosophischer Fiction die Körperlichkeit beigelegt. Das Denken selbst gilt als eine materielle Veränderung des Seelenkörpers.

Unter dem Etwas werden im Weiteren vier höchste Gattungen angenommen:

1) Das Substrat (τὸ ὑποκείμενον, οὐσία, ἡ τῶν ὄντων πρώτη ὄλη), also die Substanz oder Materie der Dinge, abgesehen von jeder näheren Bestimmtheit, form- und eigenschaftslos (ἄμορφον καὶ ἄποιον), beim Einzelwesen in steter, namentlich die Quantität berührender Bewegung (ρύσις, ἀλλείωσις), so dass eine Stetigkeit nur in den Eigenschaften zu finden ist.

2) Die Eigenschaft (τὸ ποιόν). Es handelt sich hier nur um die das Wesen ausmachende, die Gattung (κοινῶς ποιόν) oder das Individuum (ιδίως ποιόν) charakterisirenden Bestimmtheiten (ἐξεις). ἐξεις oder ιδίως ποιόν entspricht im Wesentlichen dem aristotelischen εἶδος, so dass auch hier eine Gleichsetzung mit äusserer Gestalt ganz unrichtig wäre. Die Stoiker fassen aber die Eigenschaften gleichfalls als etwas Körperliches auf, als eine Luftströmung, ein feiner Aether, ein Ausfluss des Urfeuers (πνεῦμα), welches die Materie durchdringt und so auf dem Wege der stofflichen Mischung (κρᾶσις δι' ὅλων) aus dem Substrat das Individuum herstellen. ὑποκείμενον und ἐξεις sind also Stoff und Kraft, welche zusammen das Ding ausmachen und untrennbar von einander sind.

3) Die Beschaffenheit (τὸ πὼς ἔχον, σχέσις), zufällige unwesentliche Bestimmtheit, soweit dieselbe dem Dinge ohne Rücksicht auf eine Beziehung zu anderen Dingen zukommt, z. B. die Grösse, nicht aber, wenigstens nicht immer, die Farbe.¹

¹) Im Näheren Baeumker a. a. O. S. 348.

Der Unterschied zwischen Eigenschaft und Beschaffenheit soll darin gefunden werden, ob sie aus der Natur der Dinge hervorgehen oder nicht (τὰς μὲν γὰρ σχέσεις ταῖς ἐπικτήτοις καταστάσεα χαρακτηρίζεσθαι, τὰς σὲ ἕξεις ταῖς ἐξ ἑαυτῶν ἐνεργείαις).¹

4) Die beziehungsweise Beschaffenheit (τὸ πρὸς τι πῶς ἔχον, Beschaffenheiten und Zustände, welche auf einer Beziehung zu einem anderen Dinge beruhen, wie Verwandtschaft und Entfernung.

Die individuelle Identität musste nach dieser Lehre offenbar von der ἕξις, dem ἰδίως ποιόν oder dem εἶδος abhängen.

Indess müssen in dieser Beziehung auch noch die Vorstellungen berücksichtigt werden, welche die Stoiker über das Entstehen und Werden der Dinge (φθοραὶ καὶ γενέσεις) hatten. Sie unterschieden vier Arten des Wechsels (μεταβολαὶ ἐκ ὄντων εἰς ὄντα γιγνόμενα). Von diesen bezieht sich die bereits erwähnte ῥύσις nur auf den Stoff, so dass dadurch das Sein der Sache nicht alterirt wird. Die anderen Arten dagegen ergreifen die ποιότης und führen daher den Untergang der Sache herbei. Dahin gehören namentlich die διαίρεσις, die Zertheilung, sowie die ἀνάλυσις oder Auflösung, welche darin besteht, dass aus derselben Materie durch Umformung eine andere, vordem nicht vorhandene Sache hergestellt wird, wofür beispielsweise der Fall angeführt wird, dass Jemand ein aus Thon geformtes Pferd zerbricht und nun aus demselben Thon einen Hund herstellt. Endlich gehört dahin die σύγχυσις oder die zerstörende Vermischung. Sie kann bei festen wie bei flüssigen Körpern

¹) Ueber den Einfluss dieser Unterscheidung auf die in fr. 30 D. *de usurp.* 41, 3 verwendete Eintheilung der Dinge in ἡγούμενα, συνημένα und ἐκ διεστώτων vgl. neben Göppert besonders Zeller a. a. O. S. 97. Ausserdem Aristoteles, *methaphys.* V, 6 und X, 1.

vorkommen. Sie ist aber von der παράθεσις und μίξις fester Körper, sowie von der κρᾶσις der Flüssigkeiten dadurch unterschieden, dass es sich bei ihr um keine blosse Durchdringung, sondern um eine wirkliche Vereinigung der beiden Sachen handelt. Aus den ποιότητες beider wird eine neue ποιότης, eine neue Sache. Als Beispiel dient die Herstellung von Arzneien und Salben. Die Untrennbarkeit der Bestandtheile scheint Voraussetzung gewesen zu sein. Wenigstens wurde die Behandlung der Vermischung von Wasser und Wein als blosser κρᾶσις damit gerechtfertigt, dass sich das Wasser mittelst eines geölten Schwammes entfernen lasse.

Es bedarf kaum der Bemerkung, dass diese ganze stoische Naturlehre von der Philosophie längst aufgegeben ist. Die Ausgangspunkte und Eintheilungsgründe sind hier durchaus willkürliche. Vor Allem aber fehlt es an allen näheren Bestimmungen über die ἔξις oder über die σύγχυσις und an jeder Auskunft darüber, auf welchem Wege man im einzelnen Falle zur Feststellung in diesen Beziehungen gelangen kann.

Im Anschluss an diese Auseinandersetzung möge jedoch noch eine allgemeine Untersuchung erwähnt werden, welche einer der älteren, vor dem Schulengegensatz lebenden römischen Juristen, Alfenus Varus, über die Identität anstellt. Er bezieht sich einerseits auf die philosophi, also doch wohl auf die Stoiker. Andererseits werden die Anschauungen des gewöhnlichen Lebens herangezogen.

Alfenus¹ schreibt: *Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent,*

¹) Libro VI. digestorum (fr. 76 D. de iudiciis V, 1).

tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimare¹. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus, qui abhinc anno fuissemus propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent, aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. qua propter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.

Sein Ergebniss ist also: Alle Bestandtheile eines Dinges können sich so ändern, dass nichts mehr von den ursprünglichen Bestandtheilen vorhanden ist. Dennoch ist Identität anzunehmen, wenn *eadem species* geblieben ist. Was dazu positiv gehört, sagt uns Alfenus aber nicht.

In der mittelalterlichen Philosophie² finden sich im Zusammenhang mit den Untersuchungen über das Individuations-

¹) Diesen Gedanken führt Paulus näher aus in einem ebenfalls der Identität gewidmeten Abschnitt seines Edictscommentars (fr. 83 D. de V. O. 45, 1): *nam et si navem, quam spopondit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari — et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit.* — Vgl. ferner fr. 98 § 8 D. de sol. et lib. 46, 3.

²) Vgl. Stöckl, Geschichte der Philosophie des Mittelalters II S. 457f, 796 ff.

princip auch Erörterungen bezüglich der Identität. Dabei wird im Allgemeinen der Aristotelische Standpunkt eingehalten, während der Nominalismus jedes Ding schon durch seine Existenz ein Individuelles sein lässt.

Von neueren Philosophen macht zunächst Spinoza¹ darauf aufmerksam, dass der Wegfall grösserer oder geringerer Stofftheile eines bewegten Ganzen die individuelle Identität nicht aufhebt, falls nur der Zusammenhang der Bewegung gewahrt wird.

Dagegen geht Locke² mit der erwähnten nominalistischen Lehre davon aus, dass das *principium individuationis* das Dasein selbst sei, welches einem Dinge für eine besondere Zeit und einen besonderen Ort bestimmt werde. Das Atom sei jederzeit und an jedem Orte mit sich identisch. Jede Masse aber, jeder Körper sei an sich nicht mehr mit sich identisch, sobald ein Atom weggenommen oder zugefügt werde. Nur bei lebenden Wesen werde die Identität durch den Wechsel selbst in grossen Stücken des Stoffes nicht aufgehoben. Denn hier sei es die Theilnahme an demselben Leben und bei der Person das Selbstbewusstsein, welches die Identität ausmache.

¹) *Ethices, pars II, propositio XIII, lemma 5—7: Si partes, Individuum componentes, majores minoresve evadant, ea tamen proportionem, ut omnes eandem ut antea ad invicem motus et quietis rationem servent, retinebit itidem Individuum suam naturam, absque ulla formae mutatione. Si corpora quaedam, Individuum componentia, motum, quem versus unam partem habent, aliam versus flectere cogantur; ad ita ut motus suos continuare possint, atque invicem eadem qua antea ratione communicare; retinebit itidem Individuum, suam naturam, absque ulla formae mutatione. Retinet praeterea Individuum sic compositum suam naturam, sive id secundum totum moveatur sive quiescat, sive versus hanc sive versus illam partem moveatur, dummodo una quaeque pars motum suum retineat, eumque uti antea reliquis communicet.*

²) *Essay concerning human understanding. II. cap. 27.*

Die bei Weitem eingehendste philosophische Untersuchung über den Identitätsbegriff hat Hume¹ geliefert. Er steht von vornherein der Annahme einer Identität sehr skeptisch gegenüber. Keine Untersuchung in der Philosophie sei abstruser, als die über die Identität und über die Natur des vereinigenden Prinzips, welches ein Ding oder besonders eine Person bestimme. ^{Hume} Er selbst erklärt die Frage nach der objectiven Identität für unlöslich und setzt an deren Stelle das subjective Problem der Identität des Vorstellens. Die Annahme einer Identität sei bei allen Objecten von dem Zusammenhange und der Beständigkeit gewisser Wahrnehmungseindrücke abhängig. Hinsichtlich der Materie und der Körper hätten nun aber die Sinneswahrnehmungen keine kontinuierliche und unabhängige Existenz. Würden aber die sinnlichen Eigenschaften ausgelassen, so bleibe nichts übrig, dem eine solche Existenz zukommen könne. Die Identität könne daher nur eine uneigentliche sein. Man nehme sie an bei Dingen, welche aus einer Succession im Verhältniss stehender Objecte bestünden. Allmähliche, unmerkliche, nicht allzu grosse Veränderungen pflege man in Folge einer Ungenauigkeit des Denkens zu übersehen. Selbst eine gänzliche Stoffänderung, wie sie durch die allmähliche Reparatur eines Kunstproduktes, z. B. eines Schiffes in allen seinen Theilen herbeigeführt werden könne oder wie sie bei den Wassermassen eines Flusses in jedem Augenblicke statffinde, lasse man die Identität nicht aufheben, weil die Identität des Zwecks der Imagination einen leichten Uebergang von dem einen Zustande der Körper zu dem anderen verschaffe.

Bei Pflanzen und Thieren, denen trotz totaler Ver-

¹) *A treatise of human nature*. I. Bd. Teil 4. Abschnitte 2 ff. Ich benutze die Uebersetzung von Jakob, Halle 1790.

änderung in wenig Jahren nach Form, Grösse und Substanz Identität zugeschrieben werde, bestimme dazu neben der Identität des Zwecks die stetige gegenseitige Abhängigkeit und Verknüpfung der Theile.¹ Selbst die Identität der menschlichen Seele wird — hier in offener Verkenntung der Kontinuität des Ich — von diesem extremen Kritiker des Substanzbegriffs in Abrede gestellt, bezw. mit der Identität der Thiere und Pflanzen auf gleiche Stufe gestellt, da es sich nur um ein Bündel von verschiedenen Vorstellungen handle, die mit unbegreiflicher Schnelligkeit aufeinander folgten und in einer kontinuierlichen Bewegung seien. Alle feinen und subtilen Fragen über die persönliche Identität könnten nie entschieden werden, und müssten mehr für grammatische als philosophische Schwierigkeiten angesehen werden. Er sagt dann zum Schluss:

„Die Identität hängt von den Verhältnissen der Begriffe ab; und diese Verhältnisse erzeugen die Identität durch jenen leichten Uebergang, den sie verursachen. Aber da die Verhältnisse und die Leichtigkeit des Ueberganges allmählich in unmerklichen Graden vermindert werden können, so haben wir kein richtiges Maass, wonach wir einen Streit über die Zeit entscheiden können, wenn sie den Anspruch auf den Namen der Identität erlangen oder verlieren. Alle Streitigkeiten über die Identität der verknüpften Objekte sind blosse Wortstreite, ausser sofern das Verhältniss der Theile

¹) Insofern steht Paulus, der wie oben (S. 16 A. 1) gezeigt wurde, die hier geschilderte Anschauung bezüglich der Identität des Schiffes theilt, auf einem anderen Standpunkt. Vergl. fr. 26 § 1 *D. de acquir. rer. dom.* 41, 1: *Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit agro cedit et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.* Vergl. Ulpian in fr. 5 § 3 *D. de R. V.* 6, 1.

zu einer Erdichtung oder zu einem eingebildeten Princip der Vereinigung Anlass giebt.¹

Endlich mag als Beleg für den Standpunkt der neuesten Philosophie noch eine Bemerkung Lotzes² hier ihre Stelle finden. „Wenn man, sagt er, ein völlig Einfaches in's Auge fasst, so wird jeder in Bezug auf dasselbe den Satz der Identität richtig aussprechen und behaupten, dass Blau stets Blau und Roth nie etwas anderes als Roth sei. Aber neben dieser Einsicht, gehen ganz unbekümmert Vorstellungen einher von Dingen, die verändert werden und in der Veränderung bleiben, was sie sind, von Substanzen, die sich umwandeln, ohne aufzuhören, von einem Wesen, das erscheint, und ebenso sehr diese Erscheinung selbst, als auch von ihr verschieden ist, von Subjecten endlich, die bald handeln, bald ruhen, ohne durch diese Verschiedenheit des von ihnen Behaupteten ihre Identität mit sich selbst einzubüßen. Ich meine nicht eben, dass in diesen Vorstellungsweisen der menschliche Verstand irrt, aber er wendet offenbar, durch den unanalysirten Eindruck der Wahrnehmungen bewogen, jenen Grundsatz der Sichselbstgleichheit in einer tumultuarischen und widersprechenden Weise an, ohne durch Zergliederung des Gegebenen sich über die Möglichkeit jener Ausdrücke und ihre Verträglichkeit mit diesem Grundsatz zu rechtfertigen.“

Damit mag diese Uebersicht abgeschlossen werden. Es ist nunmehr Aufgabe des Juristen, die einzelnen Fälle, in denen im Rechtsleben die Frage der Identität oder Nichtidentität hervorgetreten ist, zu betrachten, zunächst festzustellen,

¹) Hume bemerkt dabei, dass das über den ersten Ursprung und die Ungewissheit des Identitätsbegriffes Gesagte mit wenig oder gar keiner Veränderung auch auf den Begriff der Einfachheit angewendet werden könne.

²) Mikrokosmos, 3. Aufl. II. S. 302 ff.

in wieweit das Identitätsproblem für den betreffenden Fall juristisch erheblich ist, und im Falle der Erheblichkeit die in der Identität oder Neuheit liegende Voraussetzung wenn möglich näher zu bestimmen.

§ 3. Die Succession.

Die Identitätsfrage wird zunächst erhoben bei den subjektiven Rechten selbst. Windscheid¹ lehrt von der Veränderung der Rechte, nachdem er zuvor bemerkt hat, dass die Ausdrücke Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte bildliche Ausdrücke seien, „da das Recht nichts real Existirendes ist,“ Folgendes: **Ein Recht verändert sich: die Eigenschaften des Rechts sind andere geworden, seine Substanz ist dieselbe geblieben.** Das will sagen: soweit die Veränderung nicht reicht, fährt Alles fort, von dem Rechte zu gelten, was bis dahin von ihm galt. Hierin liegt das praktische Interesse der Unterscheidung zwischen der Veränderung eines Rechts und der Entstehung eines neuen Rechts an der Stelle eines früheren.“ Umstritten wird die Identität des früheren und des jetzigen Rechts vorzugsweise für den Fall der Succession. Windscheid² betrachtet den Fall der Rechtsnachfolge im Allgemeinen als eine blosse Veränderung unter Aufrechterhaltung der Identität, weil er die Ansicht nicht theilt, dass das Subject etwas zum Wesen des Rechts Gehöriges sei. Er verweist dabei auf seine Ausführung in den früheren Auflagen der Pandekten, nach welchen die Rechte ihre Individualität, ihre Unterschiedenheit von anderen Rechten lediglich

*Lebendes
recht
Mutterrecht
Vorgänger
Bauwerk*

¹) A. a. O. I § 63 A. 1.

²) A. a. O. I § 64 A. 6.

durch ihre Erzeugung hätten. Jedes Recht sei dasjenige Individuum, welches es sei, deswegen, weil es auf diesem konkreten, von der Rechtsordnung mit der Kraft zu seiner Erzeugung begabten Thatbestand beruhe.

Der Hauptrepräsentant der entgegengesetzten Auffassung ist Kuntze¹. Er leugnet die Identität des Rechts des Successors und des Rechts des Autors, da die Logik sich in dieser, übrigens in das Nervensystem des Rechtsorganismus eingreifenden Frage gegen die Identificirung sträube. Seine „geläuterte Auffassung“ steht unter der Herrschaft des Gedankens, „dass auch das Recht seine Naturlehre habe.“ Man könne an jedem Ding wie in der Körperwelt, so auch in der Geisteswelt, Stoff und Form methaphysisch unterscheiden. Der Stoff des Rechtsverhältnisses sei das Vorhandensein von Subjekten und Objekten, die Form oder der Leib liege in der konkreten Verknüpfung. Jede originäre Erwerbsart sei ein formell und materiell productives Ereigniss mit selbständig schöpferischer Kraft, das eine Existenz erst zum Rechtsstoff stemple und das Rechtsgebiet um einen konkreten Stoff bereichere. Dagegen sei der physiologische Kernpunkt der Succession die stoffliche Ableitung, das innerliche organische Hervorwachsen. Seine fertige, fassbare Analogie habe er an den Umgestaltungsprozessen der körperlichen Stoffe, in denen die Bewegung der Weltmaterie sich vollziehe.²

¹) Die Obligation und die Singularsuccession (1856) §§ 15 ff., S. 63 ff., — Polemisirt wird dort, soweit es auf Windscheid ankommt, gegen dessen „Singularsuccession in Obligationen.“ (1853).

²) Die Leistung wird nach Kuntze ausgeschieden aus der unbegrenzten Stoff bietenden Freiheitssphäre des zum Schuldner designirten Individuums. „Diese Ausscheidung ist Schöpferrecht und Schöpferthat des Rechtes, welches als ein durch die Zeugungskraft des rechtlichen Vertrages belebter Organismus der verwendbaren Stoffe zu seinen Zwecken sich bemächtigt und durch umbildende Arbeit sich dienstbar macht.“

Identität sei also hier zwar vorhanden, aber nur hinsichtlich der Materie. Die Form sei zerstört und mit ihr das Recht. Daher Identität des Rechtsverhältnisses nicht anzunehmen sei.

Als Object der Singularsuccession betrachtet auch Neuner¹ nicht das Recht des Autors, sondern den Stoff, woran der Autor sein Recht hatte. Ähnlich hat in neuester Zeit Mansbach² ausgeführt, das Recht des Rechtsnachfolgers sei ein formell neues, aber materiell von dem des Autors durchaus abhängiges Recht: das Recht werde nicht schlechthin aufgegeben, sondern nur in sofern, als an die Person eines anderen ein neues Recht geknüpft, als von dieser ein aus demselben Stoffe gegossenes Recht erworben werden solle.

Im weiteren Umfange als Windscheid nimmt Brinz³ eine Identität des Rechts trotz des Personenwechsels an. Denn er bejaht sie auch für die Ersitzung. Er will sich aber gleichwohl nicht allzuweit von Kuntze entfernen und legt daher das Uneigentliche dieser Identität dar. Er meint: „Wenn wir das Recht, z. B. das Eigenthum versinnlichen, verkörpern, wird in Tradition und Erbgang dasselbe Recht erworben, wenn wir uns dagegen vom Äussern zum Innern von der Sache zum Recht, von der Phantasie zum Begriff wenden, so ist das neuerworbene ein aus dem alten neu-geschaffenes, wiedergeborenes Recht, aus dem alten, nicht das alte. Das Privatrecht spricht häufiger in der mehr sinnlichen Richtung, mitunter aber auch in der anderen.“

Vor Allem bedarf die Methode, in welcher hier der Kampf von beiden Seiten geführt wird, einer Beleuchtung. Sie wird auch den weiteren Identitätsfällen zu Gute kommen.

¹) Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse S. 116 ff.

²) Der Niessbrauch an Forderungen S. 14 f.

³) Zunächst Jahrbücher des gemeinen Rechts III S. 31 ff.

Zunächst aber ist Windscheids Ausgangspunkt, das Recht sei nichts real Existirendes, richtig zu stellen. Es ist nämlich das Missverständniss nicht ausgeschlossen, als ob Windscheid mit den alten Stoikern nur den körperlichen Dingen Realität zusprechen wolle, so dass Recht und Sittengesetz, Vaterland, Staat und Kirche nur Phantome wären. Einen derartigen groben Materialismus, den schon Plato gegenüber einem Vorläufer der Stoiker treffend gekennzeichnet hat¹, theilt heute, von einigen extremen Naturforschern etwa abgesehen, Niemand mehr. Jedenfalls sind die Philosophen, so grosse Meinungsverschiedenheiten sonst auch über den Begriff der Realität und der Existenz unter ihnen bestehen mögen, über das Gegentheil einig. Auch wer die Existenz an das Vorhandensein von Substanz knüpft, giebt doch die Realität des Unkörperlichen zu. Real und wahr sind alle Ergebnisse folgerichtigen Denkens.² Es handelt sich deshalb bei Windscheid auch jedenfalls nur um einen Fehlgriff im Ausdruck.

Um so befremdlicher ist es nun aber, um auf die Hauptsache, die Methode der Lösung des Identitätsproblems, zu kommen, dass Windscheid hier ebenso wie seine Gegner, das Recht nicht nur als etwas Reales, sondern sogar als körperlich behandelt. Er legt seinerseits Gewicht auf die Unverändertheit der Substanz und der durch die Erzeugung

¹) Plato Sophistes 246 A: Οἱ μὲν εἰς γῆν ἐξ οὐρανοῦ καὶ τοῦ ἀοράτου πάντα ἔλκουσι, ταῖς χερσὶν ἀτεχνῶς ὡς πέτρας καὶ δρῦς περιλαμβάνοντες. τῶν γὰρ τοιούτων ἐφαπτόμενοι πάντων διισχυρίζονται τοῦτο εἶναι μόνον ὃ παρέχει προσβολὴν καὶ ἐπαφήν τινα, ταῦτόν σῶμα καὶ οὐσίαν ὀρίζόμενοι, τῶν δὲ ἄλλων εἴ τίς τί φησι μὴ σῶμα ἔχον εἶναι, καταφρονοῦντες τὸ παράπαν καὶ οὐδὲν ἐθέλοντες ἄλλο ἀκούειν. — Gemeint ist Antisthenes.

²) Vgl. Lotze, Kleine Schriften I, S. 137: „Die Realität, die wir suchen, ist nicht die des Stoffes, sondern die der Wahrheit“. Dazu im Näheren Lotze, Logik I, S. 510 ff.

empfangenen Individualität, während seine Gegner die Identität leugnen, weil aus dem allerdings übergehenden Stoff ein Recht mit anderer Form gegossen, erzeugt werde oder organisch hervorwachse.

Sollen das Alles auch nur Bilder sein? Dann wäre zu sagen, dass Bilder nur veranschaulichen, aber zur näheren Bestimmung und Begründung nichts beitragen können. Vor Allem wäre der Vergleich der Entstehung des Rechts mit der Erzeugung des Menschen ein besonders unglücklicher, weil das Ich, welches, wie bereits erwähnt wurde, in ganz besonderer Weise die menschliche Identität begründet, bei dem Recht nicht vorhanden ist.

Indess dürfte nicht anzunehmen sein, dass der ganze Kampf bewusst nur in Bildern geführt wird. Kuntze ist es jedenfalls mit der Annahme von Stoff und Form bei dem Recht bitterer Ernst, und er hält sicherlich seine Naturlehre des Rechts für mehr, als für ein blosses Spiel der Phantasie.

Schon vor geraumer Zeit hat Schuppe¹ in eindringlichster Weise auf die Schädlichkeit und Unwissenschaftlichkeit einer juristischen Methode hingewiesen, welche naturwissenschaftliche und noch dazu ganz veraltete naturwissenschaftliche Betrachtungsweisen, vermischt mit etwas Methaphysik und Spiritismus, zur Lösung juristischer Probleme verwenden will. Er hat gezeigt, dass diese Richtung namentlich gegen die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft völlig blind macht. Das Recht ist trotz aller Realität nichts Körperliches, keine Naturerscheinung, sondern das Ergebniss menschlichen Denkens, Fühlens und Wollens. Nur wenn man das festhält, kann das Recht begriffen und sachgemäss behandelt werden.

¹) Gruchot 34 S. 801 ff. Vergl. meine Bemerkungen in der Deutschen Literaturzeitung 1889 S. 1470 und in Jherings Jahrbüchern 29 S. 328.

Eine Naturlehre des Rechts mit stofflicher Ableitung, organischem Hervorwachsen, physiologischen Kernpunkten und Nervensystem gehört in der That lediglich in den Bereich der Phantasie. Methodisch verfehlt und innerlich unwahr, bringt sie für die Erklärung der Probleme gar nichts, sie birgt aber die grosse Gefahr in sich, dass damit für Viele der Mangel der Erklärung verschleiert wird.

Niemand hat bisher erklären können, was bei dem Recht unter Substanz und substanzändernden Eigenschaften, — der Erzeugung, des Hervorwachsens, des Umgiessens, der physiologischen Kernpunkte und des Nervensystems ganz zu geschweigen, — zu verstehen sei. Man kann daher nur zur Anwendung bringen, was Hume¹ in ähnlicher Richtung empfiehlt; „Um diese endlosen Sophistereien auf beiden Seiten anzuhalten, kenne ich kein anderes Mittel, als diese Philosophen in wenigen Worten zu fragen: Was sie unter Substanz und Inhärenz verstehen? Nur nachdem sie diese Frage werden beantwortet haben, und nicht eher, wird es der Vernunft gemäss sein, sich ernstlich in den Streit einzulassen.“

Indess ist verschiedentlich die Identität bei der Succession auch schon ganz nüchtern behandelt worden.

So sagt Salpius²: „Die Bedingtheit und Abhängigkeit des neuen Rechts von dem alten berechtigt uns, das neue Recht als eine Wiederholung oder Fortsetzung des alten zu behandeln und des Wechsels der Personen ungeachtet, von einer Identität beider zu sprechen.“

Sodann hat Schuppe³ von seiner Auffassung des subjectiven Rechts aus zu zeigen versucht, inwiefern von einer Identität des Rechts des Autors und des Successors gesprochen

¹) A. a. O. S. 454.

²) Novation und Delegation S. 347.

³) Der Begriff des subjectiven Rechts S. 149 ff.

werden könne. Da es kein erworbenes Recht ohne bestimmtes Subject geben könne, und somit die Individualität des Inhabers für das erworbene Recht wesentlich sei, so sei ein Uebergang des erworbenen Rechts unmöglich. Wenn man sich aber das Recht als ein noch unerworbenes, aber erwerbbares vorstelle, so fehle die Beziehung auf das Subject. Eben dasselbe nun, was die subjectlose Existenz erwerbbarer Rechte ausmache, begründe auch die Identität des übergehenden Rechts. Identisch sei nur der Inhalt des objectivrechtlich bestehenden Willens.

Vom praktisch juristischen Standpunkte interessirt aber eigentlich nur die Frage, ob von der Annahme der Identität oder der Nichtidentität rechtliche Folgen abhängen.

Sieht man von der speciell streitigen Succession in den Besitz ab, so ist diese Frage offenbar zu verneinen. Freunde und Gegner der Identität weichen in der Bestimmung der Voraussetzung und Wirkungen der Succession nicht von einander ab.

Die Frage ist aber neuerdings dadurch weniger durchsichtig geworden, dass sie mit der Frage nach der Möglichkeit einer Succession in den Besitz verquickt ist. Während die Savigny'sche Lehre¹ die Möglichkeit einer Succession in den Besitz in Abrede stellt, hat eine andere Richtung² dieselbe mit grosser Entschiedenheit und bedeutendem Erfolge vertheidigt. Die ganze Streitfrage steht mit der Frage nach der Grundauffassung des Besitzes in unmittelbarstem Zusammenhange. Windscheid³, welcher den Besitz zwar nicht als

¹) Besitz S. 44, 324.

²) Zunächst Brinz, Pandekten I, § 138, dann vor Allen Strohal, Succession in den Besitz. Vergl. auch Preiser, die Vererblichkeit des Besitzes nach preussischem Recht (1892) S. 6 ff.

³) A. a. O. I. § 153 A. 10.

Recht, aber doch als das unmittelbarste und einfachste Rechtsverhältniss zur Sache auffasst, kann sich selbst zwar in diesem Punkte von der Auffassung Savignys nicht los machen. Er gesteht aber zu, dass, wenn der Besitz nicht ein thatsächliches Verhältniss, sondern eine Rechtsstellung sei, sich aus logischen Gründen nicht bestreiten lasse, dass diese Rechtsstellung übertragen werden könne.

In dieser Polemik spielt denn auch das Argument eine Rolle, dass der Besitz des Vorgängers gegenüber dem Besitze des Nachmannes als ein neuer bezw. nicht als ein neuer zu betrachten sei.¹

Die Identitätsfrage dürfte aber auch hier nicht ausschlaggebend sein. Wer im Allgemeinen leugnet, dass bei der Succession eine Identität möglich sei, wird in der fehlenden Identität kein Hinderniss für die Annahme einer Succession in den Besitz sehen. Wer dagegen die Identität bei der Succession im Uebrigen annimmt, wird auch die Succession in den Besitz nicht an dem Mangel der Identität scheitern lassen, wenn ihn sonst seine Grundauffassung des Besitzes der Annahme einer Besitzsuccession geneigt gemacht hat.

Deshalb ist das von Windscheid betonte praktische Interesse der Unterscheidung zwischen Veränderung und Neuentstehung der Rechte für den Fall der Succession zu leugnen. Es handelt sich um eine reine Konstruktionsfrage. Versuche, aus der einen oder anderen Auffassung Konsequenzen zu ziehen, welche die von der Succession geltenden Rechtssätze beeinflussen könnten, sind abzuweisen. Im Ubrigen mag Jeder nach seinem Geschmack diese Uebereinstimmung im Inhalte, welche zwischen dem Rechte des Autors und des Successors

¹) Vgl. z. B. einerseits Seligsohn in Gruchots Beiträgen, 26 S. 317, andererseits Kohler in Grünhuts Zeitschrift, 14 S. 165.

übrigens in sehr verschiedenem Masse stattfinden kann, Rechtsidentität nennen oder auch nicht.

Es ist also lediglich Bekker¹ beizustimmen, wenn er sagt: „Heutzutage aber ist es müssig, zu streiten, ob das Recht des Vorgängers mit dem des Nachfolgers wirklich identisch sei, oder ob es in irgend einer anderen Beziehung zu demselben stehe. Feste Kriterien „wirklicher Identität“ giebt es nicht.“

§ 4. Novation.

Die im Falle der Succession vermisste praktische Bedeutung scheint das Identitätsproblem bei der Novation zu haben.

Hier stellen römische und moderne Definitionen die Novation in Gegensatz zu der blossen Veränderung einer Obligation und wollen den Unterschied darin sehen, dass im Falle der Novation eine neue Obligation an die Stelle der alten tritt, während im Falle einer Veränderung, die freilich in Bezug auf Personen und Inhalt in der mannigfachsten Weise vorkommen kann, die alte Obligation bestehen bleibt. So definirt Ulpian:² *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur.* Und Windscheid³ sagt: „Novation ist Aufhebung eines Forderungsrechts durch Begründung eines neuen.“

Hiernach scheint also allgemeine rechtliche Voraussetzung der Novation zu sein, dass die Obligation nach der Novation nicht mehr identisch ist mit der früheren.

Von dieser Neuheit oder Nichtidentität würde dann auch

¹) Pandekten. I S. 106.

²) Fr. 1 D. de Novat. 46,2.

³) A. a. O. II. § 353.

der Eintritt der Novationswirkungen abhängen. Die Pfandrechte und Bürgschaften, welche für die ursprüngliche Forderung bestanden, werden frei. Ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung im Konkurse fällt weg. Zinsabrede, Konventionalstrafversprechen und die Folgen des Verzuges erstrecken sich nicht auf die neue Forderung.¹ Alle diese Wirkungen würden dagegen bei einer blossen Veränderung der Obligation nicht eintreten.

Es scheint daher von der grössten Wichtigkeit zu sein, Novation und blosser Veränderung der Obligation von einander begrifflich abzuschneiden. Und eine solche Abscheidung wird von Windscheid unternommen. Er sucht zunächst die durch seinen Satz: „Der Ausdruck Novation beruht auf der Vorstellung einer blossen Umwandlung des Forderungsrechts, aber diese Vorstellung ist nicht genau,“ erweckte Erwartung einer genauen Bestimmung durch den Satz zu entsprechen: „Das neue Forderungsrecht ist nicht bloss der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes.“

Da aber auch jetzt nicht angegeben wird, was bei dem Recht unter Substanz und Erscheinungsform zu verstehen ist, so bringt uns diese Reminiscenz an *οὐσία* und *εἶδος* der alten griechischen Philosophie auch nicht einen Schritt vorwärts. Windscheid sagt dann weiter: „Das an die Stelle des bestehenden Forderungsrechtes gesetzte neue kann sich von dem alten unterscheiden durch den Inhalt der Leistung. durch die Person des Schuldners oder durch Nebenbestimmungen“. Auch damit ist nichts gewonnen, da alle diese Unterschiede auch bei blosser Veränderung vorkommen können. Er fügt endlich hinzu: „möglicherweise auch durch Nichts, als eben dadurch, dass es ein neu begründetes, und daher, obwohl dem früheren

¹) Windscheid a. a. O. II. § 355 A. 10.

Forderungsrecht vollkommen gleich, doch mit demselben nicht identisch ist.“ Wie man es nun aber dem betreffenden Act ansehen kann, ob er, ähnlich der bei der Successionsfrage massgebenden „Erzeugung“, Neubegründung sei oder eine blosse Abänderung bedeute, das bleibt zunächst völlig dunkel. Es lässt sich auch von vornherein sagen, dass eine rein begriffliche Untersuchung über Identität oder Nichtidentität der Obligation vor und nach dem fraglichen Akt, auch wenn sie vorzugsweise den Akt der Begründung in's Auge fassen sollte, nothwendig ergebnisslos bleiben muss. Eine Abrede der Kontrahenten ist sowohl zur Änderung wie zur Novation erforderlich. Einer Form bedarf sie heute weder in dem einem noch in dem anderen Falle. Inhaltlich ist jeder Bestandtheil des Schuldverhältnisses auch der blossen Abänderung zugänglich. Wie soll es da möglich sein, eine Grenze zwischen Identität und Neuheit begrifflich zu bestimmen?

In Wirklichkeit ist indessen eine solche Begriffsbestimmung weder nach römischem noch nach heutigem Rechte erforderlich.

Die Römer hatten ein festes Kriterium der ordentlichen Novation in der Stipulation.¹ Keine Novation ohne Stipulation. Das Kriterium war auch kein blos negatives. War die Stipulation gültig, so war die neue *obligatio* und *actio ex stipulatu* jedenfalls entstanden. Fraglich blieb nur, ob die alte Obligation dadurch zum Untergange gebracht wurde, oder ob sie, freilich mit Uebereinstimmung im Inhalt, neben der neuen Obligation bestehen blieb. In dieser Beziehung sollte der *animus novandi* entscheiden, den man als vorhanden ansah, wenn er entweder erklärt war, oder wenn eine unwiderlegte

¹) Von den Literalkontrakten und der Litiscontestatio ist hier abzusehen.

Präsumtion für denselben bestand. Die Sachlage änderte sich aber in letzterer Hinsicht durch die der Novation abgeneigte Stellung, welche Justinian einnahm durch sein: *generaliter definimus voluntate solam esse, non lege novandam.*² Übrigens handelte es sich bei dem *animus novandi* eigentlich nicht um den Willen, die neue Obligation zu begründen. Denn der stand in allen Stipulationsfällen von vornherein fest. Es war vielmehr lediglich fraglich, ob die Absicht bestand, die alte Obligation aufzuheben. Nach rein römischem Recht war also die Identitätsfrage jedenfalls nicht die entscheidende.

Für das heutige Recht ist die Sachlage durch den Wegfall der Stipulationsform bedeutend geändert. Es kann als Kennzeichen der Novation, als eigentliche Voraussetzung nur der *animus* oder *voluntas novandi* der Kontrahenten in Frage kommen.

Es handelt sich dabei nun zunächst, wie im römischen Recht, weit weniger um den Willen, ein neues Verhältniss zu begründen im Gegensatz zur Vornahme einer blossen Aenderung, als vielmehr um die Absicht, das bisherige Schuldverhältniss aufzuheben und damit die sogenannten Novationswirkungen eintreten zu lassen im Gegensatz zu der Absicht des Nebeneinanderbestehens zweier Verbindlichkeiten mit identischem Inhalt.

Immerhin bleibt die Frage bestehen, woran der *animus* oder die *voluntas novandi* zu erkennen ist? Die nächste Antwort scheint: Wenn die Kontrahenten erklären, dass sie eine Novation bezw. den Eintritt der Novationswirkungen wollen. Dabei ist aber zu beachten, dass das Leben die Abrede in so abstrakter Weise nicht kennt. Dieselbe nimmt vielmehr stets

²) c. 8 C. de novationibus 8, 41.

eine konkretere Beziehung zu dem speziellen Zweck an, welchen die Betheiligten mit der Abrede verfolgen. Nur wenn der Eintritt der Novationswirkungen diesem Zweck entspricht, werden die Kontrahenten den Eintritt vereinbaren. Ja man würde, wenn schlechthin Novation verabredet wäre, ohne dass ein Zweck hervorträte, zweifeln können, ob die Kontrahenten wirklich den Eintritt der Novationswirkungen gewollt haben. Zur Veranschaulichung sind deshalb konkrete Geschäfte aufzusuchen, bei denen der Eintritt der Novationswirkungen in Frage steht.

Windscheid giebt als Beispiel einer Novation an: „Heutzutage etwa: es wird für eine vorhandene Geldschuld ein Wechsel ausgestellt (wenn das überhaupt Novation ist).“ Wenn für eine Geldschuld ein Wechsel ausgestellt wird, so fragt sich, ob durch die Ausstellung und Einhändigung des Wechsels die bestehende Schuld sofort getilgt wird oder nicht. Diese Frage ist im Zweifel entsprechend den im Verkehr herrschenden, aus dem Zweck des Geschäfts sich ergebenden Anschauungen zu verneinen. Der Zahlungs halber gegebene Wechsel wird nur unter dem stillschweigenden Vorbehalt richtigen Eingangs genommen, so dass erst durch den Empfang der Wechselsumme zugleich die frühere Schuld getilgt wird. Nur wenn das Gegentheil ausdrücklich verabredet wird, tilgt schon die Begebung des Wechsels die Schuld.¹ Übrigens bedarf es für den letzteren Fall kaum der Annahme einer Novation. Der Fall lässt sich ohne Anstand unter die Hingabe an Zahlungsstatt unterbringen. Die Regeln der *datio in solutum*

¹) Uebereinstimmend § 264 Abs. 2 des Entw. d. B. G. B., welcher nach dem Beschlusse zweiter Lesung lautet: „Hat der Schuldner dem Gläubiger gegenüber zum Zwecke der Befriedigung desselben eine neue Verbindlichkeit übernommen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass die neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen sei.“ Vielleicht

reichen hier völlig aus. Ein ähnlicher Zweifel über Aufhebung oder Bestehenbleiben des früheren Schuldverhältnisses besteht auch im Falle des Anerkennungsvertrages, insbesondere der vertragsmässigen Berechnung oder Abrechnung, dem sogen. Saldirungsvertrage.¹ Wenn man hier Aufhebung der Forderung annimmt, so lässt sich das wohl als Eintritt der Novationswirkungen auffassen. Es fragt sich nun aber auch hier: Wann treten im Falle des Abrechnungsvertrages die Novationswirkungen ein? Regelsberger² antwortet darauf, das bestimme sich lediglich durch die Absicht der Parteien, welche aus den gesammten Umständen des einzelnen Falles unbefangen zu erschliessen sei, und wobei namentlich eine Mehrheit von Forderungen auf beiden Seiten, die Festsetzung einer besonderen Verzinsung, der periodische Abschluss des Kontokorrents, die Vernichtung und Rückgabe der Schuldurkunden einen Schluss auf die Absicht der Novation gestatten sollen.

Massgebend ist also die Abrede oder Absicht der Parteien, für welche eine besonders freie Interpretation in Anspruch genommen wird. Diese freie Interpretation führt dann unter Vermittelung der Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung, welche mehr oder minder auf eine Fiction hinaus-

liesse sich noch kürzer, aber umfassender und treffender sagen: „Die Hingabe einer Forderung zum Zwecke der Befriedigung tilgt im Zweifel das Schuldverhältniss noch nicht.“ Dem auf gänzliche Streichung der Bestimmung gerichteten Antrage L. Seuffert's (Die allg. Grundsätze des Obligationenrechts, S. 24, vergl. Gierke, der Entwurf, S. 202) vermag ich wegen des vorhandenen Bedürfnisses nicht beizustimmen.

¹) Vergl. über denselben namentlich Regelsberger: Die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäfts, im Archiv f. d. civ. Praxis, 47 S. 153 ff.

²) A. a. O. S. 74.

läuft, zur Berücksichtigung des konkreten Zweckes der Vereinbarung. Wie im Falle ausdrücklicher Vereinbarung des Eintritts der Novationswirkungen dieser Eintritt in der Regel zweckmässig sein wird, so ist man umgekehrt geneigt, bei vorhandener Zweckmässigkeit die Vereinbarung zu fingiren, also genauer gesagt, bei vorhandener Zweckmässigkeit die Novationswirkungen auch ohne Abrede eintreten zu lassen.

Es bedarf für die hier zu lösende Aufgabe keines Eingehens auf weitere Einzelheiten. Wenn sich ergeben hat, dass nur im Falle einer ausdrücklichen Abrede oder in dem damit in engster Beziehung stehenden Falle der ersichtlichen Zweckmässigkeit die Novationswirkungen Platz greifen, so ist es völlig überflüssig, nach weiteren begrifflichen Voraussetzungen der Novation zu suchen.

Zugleich folgt noch ein Weiteres. Wenn die sogenannten Novationswirkungen nur dann und insoweit eintreten, als dies die Kontrahenten beabsichtigt haben, oder als dies auch ohne ausdrückliche Abrede dem besonderen, ausserhalb des Novationsinstituts liegenden, Zwecke ihrer Abrede entspricht, dann fehlt es an jedem Bedürfnisse, das Institut der Novation als ein besonderes Institut des geltenden Rechts in den Lehrbüchern zu behandeln oder dasselbe in Rechtscodificationen aufzunehmen. Nur bei den einzelnen Instituten ist, soweit dies erforderlich ist, zu sagen bzw. gesetzlich zu regeln, ob und inwieweit jene im Einzelnen anzugebenden Wirkungen eintreten. Der Novationsgedanke kann dabei völlig eliminirt werden. Es ist daher nur zu billigen, dass der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches dem Institut der Novation die Aufnahme versagt hat.¹

¹) Vgl. Motive II S. 78, L. Seuffert a. a. O. S. 24, Gierke a. a. O. S. 202.

§ 5. Klagänderung.

Das Problem der Identität, und zwar in Beziehung auf Unkörperliches, findet sich auch im Civilprozess, zunächst bei dem Verbot der Klagänderung.

Es ist dem Kläger verboten, die Klage zu ändern. In der ersten Instanz bedarf er dazu der Einwilligung des Beklagten. In den höheren Instanzen ist das Verbot ein absolutes.¹ Das Gesetz² bestimmt das Verbot näher dahin, dass es an sich nicht verboten ist, thatsächliche oder rechtliche Ausführungen, welche zur Begründung der Klage dienen, zu berichtigen oder zu ergänzen, statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung einen anderen Gegenstand oder das Interesse zu fordern, endlich den Klagantrag nicht nur zu beschränken, sondern auch zu erweitern. Aber es knüpft dieses Alles an die Bedingung, dass dabei eine Aenderung des Klagegrundes nicht statffinde.

Als verbotene Klagänderungen kommen also namentlich diejenigen Aenderungen des Klagantrages in Betracht, welche nicht durch die hervorgehobenen Ausnahmen gedeckt sind, und sodann die Aenderungen des Klagegrundes.

Die praktische Wichtigkeit der Identitätsfrage ist hier unzweifelhaft vorhanden. Wird die Klagänderung verneint, so hat das neue Vorbringen keinen Einfluss auf den Fortgang des Prozesses. Wird dagegen eine unzulässige Klagänderung angenommen, so kann jedenfalls über das geänderte Vorbringen kein Urtheil gefällt werden, sondern höchstens über das ursprüngliche. Es hängen also auch hier von der Feststellung der Nicht-

¹) §§ 235, 489 C. P. O. Vgl. auch § 134 Abs. 4 K. O.

²) § 240 C. P. O.

identität des Klagantrages und des Klagegrundes vor und nach der Aenderung wichtige rechtliche Folgen ab.

Kein Bedenken macht der freilich praktisch sehr seltene Fall, dass in den Process statt des bisherigen Begehrens ein völlig anderes eingeführt wird, also ein solches, welches zu dem ursprünglichen nach Inhalt und Begründung nicht die geringsten Beziehungen hat. Denn dann liegt offenbar eine verbotene Klagänderung vor. Der Fall hat aber doch insofern Bedeutung, als er den rechtspolitischen Grund und den Zweck des Verbots klar in die Erscheinung treten lässt. Es handelt sich darum zu verhindern, dass dem prozessualischen Verfahren der Gegenstand entzogen wird, den es von Anfang an gehabt hat. In erster Linie hat die andere Partei daran ein Interesse. Der Beklagte hat sich nur bezüglich dieses Gegenstandes auf seine Vertheidigung vorbereitet. Er kann auch verlangen, hinsichtlich dieses Gegenstandes eine rechtskräftige Entscheidung zu bekommen.¹

Aber auch der Staat und seine Gerichte sind behufs Aufrechterhaltung der Ordnung in den gerichtlichen Geschäften und in dem Rechtsschutzapparat interessirt, namentlich wenn bereits eine Entscheidung über den ursprünglichen Gegenstand vorliegt, und der Antrag auf Abänderung dieser Entscheidung durch den Versuch, einen anderen Gegenstand zu unterschieben, durchkreuzt wird.

Die Römer verfolgten diesen Zweck durch das schärfere Mittel der völligen Consumtion des Begehrens, indem sie an die Stelle des *dare facere oportere* das *condemnari oportere* treten liessen. Der Zweck ist heute derselbe geblieben, wenn auch das römische Mittel, welches übrigens eine über diesen Zweck

¹) Hier greift allerdings zunächst noch das dem Kläger durch § 243 C. P. O. gegebene, aber zeitlich sehr beschränkte Recht der Zurücknahme der Klage ein.

weit hinausgehende Bedeutung hatte, aufgegeben ist. Während, wie gesagt, eine solche völlige Veränderung hinsichtlich ihrer Behandlung keine Schwierigkeiten macht, so können im Übrigen Zweifel entstehen, namentlich wenn die Identität des Klagegrundes in Frage steht. Der Klagegrund ist nichts anderes als der Inbegriff der zur Rechtfertigung des Klagebegehrens dienenden Thatfachen und Rechtssätze, der thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen im Sinne des § 240 Z. 1. C. P. O. Auf der einen Seite wird die Aenderung des Klagegrundes verboten. Auf der anderen Seite wird die Berichtigung und Ergänzung der den Klagegrund ausmachenden thatsächlichen und rechtlichen Anführungen, also sowohl ein Zusetzen wie ein Wegnehmen, gestattet, und zwar ohne irgend eine andere Schranke, als dass dadurch der Klagegrund nicht geändert werden dürfte.

Die Aufgabe, ohne Änderung des Klagegrundes Klagethatsachen zu ändern, ist wörtlich genommen, gerade so wenig lösbar als die bekannte Aufforderung: „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass.“ Denn jede Änderung der Klagethatsachen ist, weil sie mit den auf sie anwendbaren Rechtssätzen den Klagegrund ausmachen, zugleich mit begrifflicher Nothwendigkeit eine Änderung des Klagegrundes. Und ebenso verhält es sich eigentlich mit Änderungen der Rechtssätze oder rechtlichen Gesichtspunkte. Das eine ohne das andere zu ändern ist in der That logisch unmöglich.

Gelingt es nicht, der verbotenen Änderung des Klagegrundes eine Einschränkung zu geben, so würde die Gestattung, thatsächliche oder rechtliche Anführungen der Klagebegründung ohne Änderung des Klagegrundes zu ändern, unanwendbar sein, weil sie logisch unmögliche Voraussetzungen hätte.

Von der Verirrung, nach dem Muster der Pandektenlehre Substanz, Form und Stoff des Klagegrundes zu unter-

scheiden, hat sich die Prozessrechtswissenschaft frei gehalten. Man pflegt vielmehr zur Lösung der Schwierigkeit, den Unterschied zwischen Individualisirung des Klagegrundes und Substanziirung desselben heranzuziehen.

Der Ausgangspunkt dieser Unterscheidung ist ein wohlbegründeter.

Um den Richter in den Stand zu setzen, darüber zu urtheilen, ob der konkrete Klagegrund in der That das Klagebegehren rechtfertigt, bedarf es der Substanziirung desselben, d. h. einer Angabe des Thatbestandes, welche so in's Einzelne geht, dass der Richter zur Rechtsanwendung im Stande ist. Ein ganz fester Massstab ist damit übrigens keineswegs gegeben. Entscheidend ist das Bedürfniss des einzelnen Falles, welches, namentlich auch nach der Art der Vertheidigung des Beklagten, verschieden sein kann.¹ Heute ist eine solche Substanziirung jedenfalls erforderlich in der mündlichen Verhandlung, welche die Grundlage des Urtheils ist. Nach früherem schriftlichen Verfahren musste sie dagegen schon in der Klageschrift gegeben werden, da damals diese die Grundlage der richterlichen Entscheidung bildete. Heute hat die Klageschrift nicht mehr diese Function, sondern, im Wesentlichen und abgesehen von ihrer secundären Bedeutung als vorbereitender Schriftsatz, nur die Aufgabe, bestimmt anzugeben, dass und worüber ein Rechtsstreit begonnen sei. Dass für diesen Zweck vielfach ein geringeres Mass von Genauigkeit erforderlich ist, als für den Zweck der Substanziirung, liegt auf der Hand. Deshalb ist anzunehmen, dass dem in § 230 Z. 2.

¹) So wird z. B. die Unbedingtheit der Abrede nur dann speziell zu behaupten sein, wenn sie von dem Beklagten in Zweifel gestellt ist, sowie es auch nur in diesem Falle der speziellen Begründung des lediglich zur Aktivlegitimation dienenden Erbrechts oder Eigenthums bedarf.

C. P. O. aufgestellten wesentlichen Erfordernisse der Klageschrift, der bestimmten Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs schon durch eine kurze, mehr zusammenfassende Bezeichnung genügt werden kann. Die abweichende, freilich sehr verbreitete Ansicht beruht auf einer Verkennung der eingetretenen Veränderung des Verfahrens und auf anderen Missverständnissen. Man nennt dieses geringere Mass von Detailirung nach dem Vorgange Wachs¹ die Individualisirung. Es handelt sich übrigens bei der Individualisirung wie bei der Substanziirung nur um thatsächliche Angaben. Denn wenn auch der Parteivortrag das Streitverhältniss auch in rechtliche Beziehung umfassen soll², so sind doch solche rechtliche Ausführungen zur Substanziirung nicht erforderlich. Ebenso wenig bedarf es im Gegensatz zum römischen Recht, welches die spezielle Angabe der anzustellenden *actio* erforderte, der Bezeichnung des Rechtsgrundes in der Klageschrift.³

Der Gegensatz Substanziirung und Individualisirung ist, wie vor Allem festzustellen ist, kein Gegensatz in der Sache selbst. Es ist also die Ansicht unrichtig, dass etwa nur das zur Individualisirung Erforderliche den Klagegrund bildete. Der Gegensatz bezieht sich vielmehr nur auf die Bezeichnung: detaillirte oder minder detaillirte Angabe der klagebegründenden Thatsachen. Man behauptet nun ziemlich einhellig: Eine unzulässige Änderung des Klagegrundes liegt nur dann, aber auch immer dann vor, wenn die zur Individualisirung unerlässlichen Angaben geändert werden. Man beruft sich darauf, dass ja als Vergleichungsobject eben nur die Klageschrift vorliege,

¹) Vorträge über die Reichscivilprozessordnung S. 140ff.

²) § 128 C. P. O.

³) Vgl. c. 6 X de iud. 2, 1 bez. § 20 I, 5 der preuss. Allg. Ger. O. und den dem § 265 C. P. O. zu entnehmenden Grundsatz *iura novit curia*.

und dass diese nur das zur Individualisirung Nöthige zu erhalten brauche. Von vornherein braucht das nicht zugegeben zu werden. Denn es ist auch möglich, dass die Änderung erst in einer zweiten oder dritten mündlichen Verhandlung erfolgt, und dann kann doch noch mehr geändert werden, als das zur Individualisirung Nöthige, ganz abgesehen davon, dass auch die Klageschrift die vollständige Substanziirung enthalten kann, ja in der Regel sogar enthält.

Vor Allem aber ist mit dieser Lösung die Identitätsfrage nicht gelöst, ja nicht einmal umschifft. Denn es fragt sich weiter: Was gehört zur Individualisirung? Und darauf kommt die Antwort: Das Rechtsverhältniss, aus welchem das Begehren hergeleitet wird, muss so bestimmt angegeben sein, dass daraus seine Individualität zu erkennen ist. Eine Klagänderung liegt also vor, wenn ein anderes als das in der Klage angegebene Rechtsverhältniss geltend gemacht wird.¹⁾

Es kommt also doch wieder auf die Identitätsfrage hinaus. Wann bewirkt eine Änderung, dass das vorher vorhandene Rechtsverhältniss und das spätere nicht mehr als identisch erscheinen? Die Frage erscheint um so schwieriger, als, wie gezeigt wurde, eine ausdrückliche rechtliche Qualifikation für die Klageschrift nicht erforderlich ist, und als es sich nicht nicht blos um zwei Rechtsverhältnisse verschiedener rechtlicher Gattung, sondern auch um zwei gleichartige, aber individuell verschiedene Rechtsverhältnisse, handeln kann.

Es muss auch hier in Abrede gestellt werden, dass die Frage nach der Identität oder Neuheit des Rechtsverhältnisses vor und nach dem fraglichen Vorgange durch rein begriffliche, ohne Rücksicht auf den Zweck des Rechtsinstituts

¹⁾ Vgl. statt Aller L. Seuffert, Kommentar zu §§ 230, 241 C. P. O.

und seiner Wirkungen vorgenommene Untersuchungen festgestellt werden kann.] Scheidet man die fraglosen Fälle absoluter Identität, bei denen in Wahrheit gar keine Änderung stattgefunden hat, und der absoluten Neuheit, bei welcher jede Übereinstimmung in den Theilgehalten fehlt, aus, so erscheint es völlig willkürlich, was man als wesentliche und was man als unwesentliche Änderung annehmen will. Und diese Willkürlichkeit zeigt sich namentlich in der Begründung der in Theorie und Praxis entschiedenen Fälle, während die Ergebnisse allerdings vielfach unbedenklich erscheinen.

[Handelt es sich um die individuelle Identität zweier gleichartiger Rechtsverhältnisse, so kann die rechtliche Qualifikation oder die Untersuchung, ob der fragliche Thatbestand den rechtlichen Charakter des Verhältnisses alterire, zur Lösung der Identitätsfrage offenbar nichts beitragen. Auch die mehr oder minder grosse Bedeutung, welche der fragliche Thatumstand für ein Rechtsverhältniss dieser Art an sich hat, kann den Ausschlag nicht geben.] Es ist möglich, dass der anscheinend geringfügigste Thatumstand im konkreten Falle für die Individualisirung bedeutsam wird.] Nichts scheint gleichgültiger, als die Angabe, dass das eingeklagte Darlehen am 20. Juni 1892 Vormittags 11 Uhr gegeben sei, oder die Behauptung, dass der Stuhl, für dessen Wiederherstellung Lohn verlangt wird, ein Rohrstuhl gewesen sei. Die Berichtigung, dass das Darlehen am 21. Juni und zwar Vormittags 8 Uhr gegeben sei, bzw. dass es sich um einen Holzstuhl handle, wird man für überflüssig, aber jedenfalls für vollkommen zulässig halten. Wenn sich nun aber herausstellt, dass zwischen den Parteien zwei kurz nacheinander gegebene Darlehen bzw. zwei Reparaturen, eine am Rohrstuhl und eine am Holzstuhl, vorgekommen sind oder vorgekommen sein sollen, von denen aber nur ein Darlehen,

2. V. Kuder
Darlehen, § 23
an das best. f. d. H.
in d. H. d. H.

bezw. eine Reparatur Gegenstand des Rechtsstreits sein soll, so wird offenbar die genaue Angabe der Zahlungszeit, bezw. der Stuhlart für die Individualisirung unerlässlich sein, da sich sonst nicht beurtheilen lässt, ob das eine oder das andere Darlehns- oder Arbeitsverhältniss in Frage steht. Und man wird dann auch in Änderungen nach dieser Richtung eine verbotene Klagänderung sehen müssen.

Stehen Rechtsverhältnisse verschiedener Art in Frage, so würde die starre Konsequenz aus dem aufgestellten Satze dahin führen, dass jede Änderung in der Bezeichnung der Rechtsverhältnisse, welche ein Rechtsverhältniss anderer Art herbeizöge, als verbotene Klagänderung anzusehen wäre, ebenso aber auch jede Änderung des Thatbestandes, welche auf eine Beurtheilung von einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte hinwiese, sofern derselbe nach der Rechts-Systematik zu einem anderen Rechtsverhältnisse gehörte.

Man setze den Fall, dass der Dienstherr gegen den Dienstboten auf Rückgabe seiner dem Dienstboten in besondere Verwahrung gegebenen und von diesem unterschlagenen Sache klagt.

Kläger kann sein Begehren auf die Gesichtspunkte der *rei vindicatio*, der *condictio furtiva*, der *actio conducti* und vielleicht auch der *actio depositi* stützen. Eigenthum, Dienst-miethe, Verwahrung und Verhältniss zwischen dem *fur* und dem Geschädigten sind aber offenbar vier verschiedene Rechtsverhältnisse.

Will man es nun, wenn Kläger in der Klageschrift seine thatsächliche Begründung nur von einem dieser vier Gesichtspunkte aus unternommen oder vielleicht ausdrücklich eines dieser vier Rechtsverhältnisse als Grundlage seiner Klage angegeben hat, für eine verbotene Klagänderung ansehen, wenn Kläger nachträglich auch die anderen Gesichtspunkte heran-

will er neue Begründungen nach dieser neuen Richtung
für seine thatsächlichen Angaben bringt, so auch Berücksichtigung

Schon diese Beispiele dürften zeigen, dass sich nicht aus der Klagen-
führung der Rechtsverhältnisse, noch aus der Bedeutung der ver-
Begründungen, die man den Thatbeständen an sich nicht ein höheres
Niveau hat, die Annahme der Falschheit oder Unvollständigkeit der in Frage
stehenden Verhältnisse entnehmen lässt.

zieht und zur Begründung nach dieser neuen Richtung hin seine thatsächlichen Angaben ergänzt oder auch berichtigt?

Das Gesetz dürfte dazu nicht nöthigen. Zweckmässig wäre es offenbar auch nicht, da gar kein Nachtheil ersichtlich ist, der aus der Zulassung entstehen könnte. Nur um das Prinzip zu retten, dessen Richtigkeit doch erst zu erweisen ist, würde man sich in diesem Falle zur Annahme einer Klagänderung entschliessen können.

Schon diese Beispiele dürften zeigen, dass sich weder aus der Klassifizierung der Rechtsverhältnisse, noch aus der Bedeutsamkeit der zur Begründung dienenden Thatsachen an und für sich ein sicherer Massstab für die Annahme der Identität oder Nichtidentität des in Frage stehenden konkreten Verhältnisses vor und nach der Aenderung entnehmen lässt.

Der richtige Weg kann hier nur durch Berücksichtigung des Zweckes des Instituts gefunden werden. Ist die vom Recht gesetzte Vorbedingung für den Eintritt einer Rechtswirkung an und für sich gar nicht oder doch nur völlig willkürlich bestimmbar, so kann, wenn eine Anwendung der Vorschrift nicht ganz fehlen soll, nur gefragt werden: Welchen Zweck verfolgt die fragliche Rechtsnorm und lässt sich unter dem Gesichtspunkte des Zwecks ihre sonst nicht fassbare Voraussetzung näher bestimmen?

Im vorliegenden Falle ergab sich bei Betrachtung des Falles einer absoluten Klagänderung als Zweck des Verbots die Aufrechterhaltung der Ordnung im Prozess in Bezug auf den Streitgegenstand. Es ist also, wenn eine nicht vollständige oder absolute Aenderung vorgenommen ist, zu prüfen, ob durch dieselbe die Erreichung jenes Zweckes im konkreten Falle ernstlich in Frage gestellt ist, ob namentlich die Gefahr vorliegt, dass unbemerkt eine völlig andere konkrete Sache unterschoben wird. Nur wenn man diese Frage bejaht, wird

man die Folgen verbotener Klagänderung eintreten lassen dürfen.

Die Anwendung dieses Prinzips wird im Einzelnen, auch wenn von dieser Grundlage aus eine Beantwortung der Einzelfragen unternommen und erfolgt sein wird, doch noch in vielen Fällen, namentlich bei Gleichartigkeit der in Frage stehenden beiden individuellen Verhältnisse, von dem richterlichen Ermessen abhängig sein.

Das kann aber hier, wie in vielen anderen Fällen, der Richtigkeit und Brauchbarkeit des Grundsatzes nicht entgegenstehen. Es muss genügen, dass für dieses Ermessen und die demselben vorausgehende Prüfung ein bestimmter leitender Gedanke aufgefunden ist, welcher die Willkür und Regellosigkeit des Ermessens aufhebt oder doch einengt.

Die Frage der Identität kehrt im Civilprozess wieder bei dem Verbote der anderweiten Anhängigmachung rechtshängiger Streitsachen gegen den Willen des Gegners¹, einer mit dem Verbote der Klagänderung nahe verwandten Einrichtung, da sie zwei gleichzeitige Prozesse über ein Begehren verhindern will, während die Klagänderung dem Durcheinanderlaufen zweier Begehren in einem Rechtsstreit vorzubeugen sucht. ¶ Sie tritt auch auf bei der *eadem quaestio* bzw. der Identität des Anspruchs² als Voraussetzung für die Wirkungen der Rechtskraft. ¶ In beiden Fällen ist aber im Gegensatze zu dem hier erörterten Institut die Identität und nicht die Nichtidentität oder Neuheit die Voraussetzung der statuirten Rechtswirkungen.

Diese Fälle hier zu erörtern wird nicht beabsichtigt. Wenn die Identitätsfrage nur in Bezug auf den Zweck des

¹) § 235 Z. 1 C. P. O.

²) § 293 C. P. O.

einzelnen Rechtsinstituts gelöst werden kann, so verbietet es sich von selbst, die bei der Klagänderung gewonnenen Ergebnisse einfach auf diese Fälle zu übertragen. ¹Der Zweckgedanke dürfte sich aber auch bei ihnen als fruchtbar erweisen. J

§ 6. Spezifikation.

Während es sich bei den bisherigen Erörterungen um zwar sehr reale, aber doch unkörperliche Dinge handelte, steht bei der Spezifikation die Lösung des Identitätsproblems in Bezug auf Körperliches in Frage.

Wenn zur Herstellung eines Produktes von der einen Seite Arbeit geleistet, von der anderen Seite¹ aber die stoffliche Unterlage dargeboten wird, so erwächst für die Rechtsordnung die Aufgabe, die Eigentumsverhältnisse an dem Produkt zu regeln, entweder Miteigenthum oder Alleineigenthum eines Betheiligten festzusetzen, und vielleicht auch noch zum Ausgleich Entschädigungsforderungen zu geben. Eine Gesetzgebung, welche sich von doktrinären, „rechtslogischen“ Zwangsvorstellungen losgemacht hat und bewusst den wirthschaftlichen Bedürfnissen und sittlichen Anschauungen des Rechtskreises zu entsprechen sucht, wird hauptsächlich die wirthschaftliche Bedeutung beider Factoren in's Auge fassen. Ein Volk, das seine Arbeit vorzugsweise durch Sklaven besorgen lässt, wird auf die Arbeit kein besonderes Gewicht legen. Bei Ueberfluss und geringerem Werth von Grund und Boden wird bezüglich des Eigenthums an den Früchten die Arbeit in den Vorder-

¹) Ist die Arbeit seitens des unumschränkten Stoffeigenthümers geliefert, so hat der Vorgang der Bearbeitung richtiger Ansicht nach keine juristische Bedeutung. Vgl. Czyhlarz in Glücks Pandektencommentar, Serie der Bücher 41 und 42, 1. Th. S. 266 ff. gegen Fitting, Die Spezifikation im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 27 S. 184 ff., 329 ff.

grund treten, zumal wenn die nach Klima und Lage verschiedene Mühsamkeit des Ackerbaus ein erhebliche ist. Aehnliche, den Umfang der Arbeit, sowie den Werth und die wirthschaftliche Bedeutung des Produktes in's Auge fassende Erwägungen können auch für die Regelung der Frage bei Kunstprodukten massgebend sein. In einem gewissen Umfange wird man dieselbe schliesslich auch der Würdigung des Einzelfalls überlassen. Bei Berücksichtigung ethischer Gesichtspunkte muss man auch der Frage näher treten, ob auf die *bona fides* des Arbeiters Gewicht zu legen sei, so dass man dieselbe als Voraussetzung des Eigenthumserwerbs aufstellt oder doch wenigstens die offenbar Unredlichen, insbesondere den Dieb, von dem Eigenthumserwerb ausschliesst oder einer strengeren Entschädigungspflicht unterwirft.

Das ältere deutsche Recht hat bekanntlich bezüglich des Arbeitsertrages der Grundstücke den Grundsatz: „Wer säet, der mäht“, aufgestellt. Nicht der Eigenthümer des Grundstückes, sondern der redliche Besteller verdient die Früchte, wenn auch seine Nutzung an dem Grundstücke inzwischen aufgehört hatte. „Hat die Egge das Land bestrichen, so ist die Saat erworben.“¹ Wenn sich Grundsätze über den Eigenthumserwerb durch Verarbeitung fremder Mobilien nicht finden, so erklärt sich das, abgesehen davon, dass der Fall praktisch selten gewesen sein mag, ausreichend dadurch, dass durch die Beschränkung der Fahrnissklage auf den Fall des Delicts und den auf dieser Grundlage später entwickelten Schutz jedes gutgläubigen Erwerbes² der Spezifikant ohne dies genügend gesichert war.

¹) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II S. 195, Stobbe, Deutsches Privatrecht II S. 679, Leist, civilistische Studien III S. 146.

²) Näheres bei Heusler, a. a. O. II S. 23 ff.

Das gemeine deutsche Recht beruht dagegen, wie in der Vindikationslehre, so auch hinsichtlich des Eigentumserwerbes an Produkten auf dem römischen Recht.

Nach römischem Recht gebühren zunächst die Früchte von Grund und Boden dem Eigenthümer des Bodens.¹ Ausnahmen und Modifikationen des Satzes sind hier zunächst nicht weiter zu verfolgen.²

Hinsichtlich der Bearbeitung von Mobilien waren, nachdem die Frage in Fluss gekommen war, drei Meinungen vertreten.³

Die Sabinianer sind der Ansicht, dass der Eigenthümer des Stoffes auch das Produkt behalte. Die Prokulianer dagegen schreiben demjenigen, der den Stoff verarbeitet hat oder verarbeiten liess (*qui ex aliena materia (ὅλη) suo nomine aliam, novam sive novi corporis speciem (εἶδος) fecit* bezw. dem *cujus nomine factum est*) das Eigentum zu. Und die schliesslich durchgedrungene *media sententia* verlangt als weitere Voraussetzung des Eigentumserwerbs des Spezifikanten im Regelfalle, dass sich das Produkt nicht wieder auf den früheren Bestand zurückführen lässt (*si species ad materiam reverti non potest*).

Einer unbefangenen Ermittlung des römischen Standpunktes steht hier, wie auch sonst, die vermeintliche unveränderte Geltung des reinen römischen Rechts in der deutschen Gegenwart hinderlich im Wege. Man geht, indem man eine

¹) *Fr. 12 § 5 D. de usufr. 7, 1.*

²) Der Begriff der Neuheit spielt auch dort eine Rolle. Vgl. Czychlarz a. a. O. S. 396 ff.

³) *Gajus Inst. II, 78, § 25 J. de rer. divis. II, 1* mit dem entsprechenden § bei Theophilus, *fr. 7 § 7 D. de adquir. rer. dom. 41, 1.* — dazu *fr. 27 eod. t.; fr. 30 § 4 D. de adquir. poss. 41, 2, fr. 6 § 1 D. de auro 34, 2.*

ganz unerfüllbare Anforderung stellt, vielfach davon aus, dass das Recht der Römer vor bald 2000 Jahren auch für unsere gegenwärtigen Verhältnisse nicht nur brauchbar, sondern sogar unübertrefflich sei und weitere Fortschritte ausschliesse. Von diesem Standpunkte wird auch die praktisch so sehr verfehlte *media sententia* mit ihrer Voraussetzung der Nichtrückführbarkeit als das auch für die Gegenwart einzig Richtige angesehen¹ und das römische Recht als ausserordentlich scharf und treffend gelobt.²

Unpraktische Anhänger dieses „Romanismus“ betrachten alle römischen begrifflichen Vorstellungen als naturnothwendige und suchen sie auch für die Gegenwart mittelst der „Rechtslogik“ bis zu ihren äussersten Konsequenzen durchzuführen.

Wer sich dagegen gesunden praktischen Sinn bewahrt hat und zu seinem Leidwesen Unzweckmässiges in der Pandektendoktrin bemerkt, der sucht nach Möglichkeit das Praktische in dem römischen Recht zu finden und schlimmstenfalls in dasselbe hineinzutragen.

So sehr auch die Bestrebungen der zuletzt gedachten Art der Rechtspflege im gemeinen Recht der Gegenwart zu Gute kommen, für die Ermittlung des geschichtlichen römischen Rechts tragen sie Gefahren in sich. Für die Rechtsgeschichte muss die „moderne Brille“³ abgelegt werden und die Frage nach der Brauchbarkeit der Ergebnisse für die Gegenwart einstweilen ausser Betracht bleiben.

In alter wie in neuerer Zeit ist behauptet worden, dass die römische Entwicklung der Spezifikation von wirtschaftlichen Motiven geleitet worden sei. So meint Dernburg⁴, die

¹) Sulzer, Der Eigenthumserwerb durch Spezifikation S. 172.

²) Fitting a. a. O. S. 2.

³) Bekker, Aktionen I, S. 2.

⁴) A. a. O. I, § 204.

Prokulianer hätten vorzugsweise die umschaffende Arbeit betont. Namentlich aber hat Sulzer¹ in eingehender Weise die wirthschaftlichen Voraussetzungen der Arbeit und der Produktion zu bestimmen und den Nachweis zu führen gesucht, dass der Übergang von der Natural- zur Geldwirthschaft, bezw. die Entwicklung der freien Arbeit und der Fabrikation zur Theorie des Labeo geführt hätten, weshalb die Frage nach dem Einflusse der stoischen Physik ganz auf sich beruhen bleiben könne.

Eine Mittelmeinung vertritt Leist², wenn er sagt: „Ich glaube hiernach gar nicht, dass es ein besonders dringendes praktisches Bedürfniss gewesen ist, welches bei den Römern die Prokulianer zur Aufstellung der Ansicht getrieben hat, dass die Fabrikation aus fremdem Stoff ein eigener rechtlicher Eigenthumserwerbsgrund sein müsse. Es scheint sehr viel mehr nur die theoretisirende Überlegung und eine richtige Erkenntniss der naturalen Kraft der Arbeit die Triebfeder gewesen zu sein.“

Dagegen leugnen Bechmann³ und Fitting⁴ jeden Einfluss des Arbeitsprinzips und der volkswirthschaftlichen Ideen. Und soweit es auf die in den Quellen niedergelegten Aussprüche der römischen Juristen ankommt, wird man sich ihnen, wenn auch vielleicht mit Bedauern, anschliessen müssen.

Auffallend ist zunächst, dass bei einem im Wesentlichen mit Sklaven arbeitenden Volke, eine anscheinend von besonderer Werthschätzung der Arbeit getragene Ansicht den Sieg davon getragen hat.

¹) A. a. O. S. 39 ff., 97 ff., 132 ff.

²) A. a. O. S. 167.

³) A. a. O. S. 25 ff.

⁴) A. a. O. S. 149 ff.

Denn die Ansicht Bechmanns, dass sich eine Verbindung der Rechtsentwicklung mit einem sozialen Kampfe der Arbeit gegen das Kapital nicht nachweisen lasse, ist durch Sulzer nicht widerlegt.

Es findet sich in der gesamten römischen Literatur auch nicht die geringste Erwähnung von einem solchen Zusammenhang, noch ein Hinweis auf die Arbeit und ihren wirtschaftlichen oder sittlichen Werth.

Auf Plinius¹ kann man sich im Ernst nicht berufen, wenn man die Stelle im Zusammenhange liest. Er sagt: *Quondam aes confusum auro argentoque miscebatur et tamen ars pretiosior erat; nunc incertum est, pejor haec sit an materia, mirumque cum ad infinitum operum pretia creverint, auctoritas artis extincta est. quaestus enim causa ut omnia exerceri coepta est, quae gloriae solebat.*

Plinius klagt darüber, dass die ideale Werthschätzung der Kunst dadurch gelitten habe, dass die Kunst nach Brod gehe, während sie früher des Ruhmes wegen geübt wurde. Wie könnte das ein Motiv für die übrigens gar nicht erwähnte Spezifikation abgeben? Nur das direkte Gegenteil, eine steigende Schätzung der Kunst, würde dazu geeignet sein.

Dann bleibt nur noch der Hinweis auf das *cum non solum operam dedit* in den Justinianischen Institutionen².

¹) *Hist. natur.* 34 cap. II. sect. 3.

²) Auf das nach einer ganz anderen Richtung gehende *pretiosius facere* hinsichtlich einer *alia species ornamenti* in fr. 6 § 1 D. de auro 34, 2, hat sich noch Niemand berufen. Auch aus fr. 13 § 1 D. de V. S. 50, 16: *Res abesse videntur (ut Sabinus ait et Pedius probat) etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam perumque plus est in manus pretio, quam in re* dürfte sich etwas Wesentliches nicht entnehmen lassen.

Als Parallele dazu pflegt man die ebenfalls dort gegebene Rechtfertigung des Fruchterwerbs des *bonae fidei possessor* durch die *cultura et cura* vorzuführen. Ja Sulzer¹ entwirft ein anmuthiges wirthschaftliches Bild von der Entwicklung der Spezifikation nach dem Muster der so herausgebildeten Stellung des gutgläubigen Besitzers.

Schade nur, dass uns die Quellen des klassischen Rechts nichts davon sagen, dass sie dem Grundsatz „Wer säet, der mäht“ huldigen, und dass namentlich der *bonae fidei possessor* die *pro cura et cultura* empfangenen Früchte, soweit er sie noch hat, wieder herausgeben muss. In Wirklichkeit ist für den römischen Fruchterwerb nicht das *ius seminis*, sondern das *ius corporis i. e. fundi* massgebend. Der *bonae fides possessor* hat in *fructibus percipiendis* vorbehaltlich jener Restitutionspflicht die Rechtsstellung des Grundeigenthümers.²

Es handelt sich also bei den Betrachtungen der Institutionen in beiden Fällen lediglich um einen, zudem nicht ganz treffenden, *esprit de l'escalier*, ähnlich wie bei den analogen Anschauungen der Modernen.³

Schon die Erwägung, dass in dieser Frage nicht die utilitarischen Sabinianer sondern die Prokulianer, welche doch mehr als Prinzipienreiter gelten, an der Spitze der siegreichen Bewegung stehen, spricht gegen die Annahme eines wirthschaftlichen Motivs.

Auch das nimmt von vornherein gegen eine solche Anschauung ein, dass die ganze römische Sachen- und Eigenthumslehre, viel mehr wie andere Rechtsgebiete, von formellen,

¹) S. 125 ff.

²) *Fr. 25 § 1 D. de usur. 22, 1.*

³) Vgl. Bechmann a. a. O. S. 26.

doktrinären, „rechtslogischen“ oder richtiger naturphilosophischen Anschauungen beeinflusst ist.

Es wird nicht nöthig sein, das hier im Einzelnen zu zeigen.

Nur daran mag erinnert werden, dass die Römer ganz ähnliche, auf Naturphilosophie beruhende Untersuchungen über die Identität auch für die Entscheidung verwandter Fragen massgebend sein lassen, insbesondere für die Frage, ob und inwieweit durch Veränderungen des Objects der Bestand eines Legats, eines Niessbrauchs, eines Pfandrechts geändert wird. Ihre Aussprüche über diese Fragen werden bekanntlich ganz allgemein auch in der Spezifikationslehre mit verwerthet, obwohl dies nicht ohne Vorsicht geschehen darf.¹

Besonderes Interesse dürfte namentlich die Auseinandersetzung erregen, welche Paulus hinsichtlich der Frage bietet, wie es komme, dass unter einem Silberlegat auch das Silbergeräth, dagegen unter einem Marmorlegat nur der rohe Marmor, nicht die etwa vorhandenen Statuen zu verstehen seien. Er sagt²: *Cuius haec ratio traditur: quippe ea quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint, initia, ea materiae potentia victa nunquam vires eius effugiant.* Kann der Stoff in die frühere Gestalt zurückgeführt werden, so ist anzunehmen, dass die *materia* siegreich war und geblieben ist. Also lediglich Naturphilosophie!

Es ist hier auch nicht der Ort, um einen so ins Einzelne gehenden Nachweis des Einflusses der stoischen Philosophie

¹) Vgl. z. B. fr. 6 § 1 D. de auro 34, 2, fr. 18 § 3 D. de pign. act. 13, 7, fr. 88 § 3 D. de leg. III, fr. 10 § 6 D. quib. mod. ususf. am. 7. 4, fr. 36 pr. de usufr. 7, 1: *licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum usus fructus legatus sit.*

²) Fr. 78 D. 4 de leg. III.

auf die römische Spezifikationslehre¹ zu führen, wie ihn Göppert hinsichtlich der verwandten Lehre von den einheitlichen, zusammengesetzten und Gesamtsachen² gegeben hat. Es würde das einerseits eine sehr ins Einzelne gehende Durchforschung des erhaltenen griechischen Quellenmaterials³ und andererseits eine Untersuchung darüber voraussetzen, in welcher Weise die römischen Philosophen, namentlich Seneca⁴ die stoischen Anschauungen recipiert haben.

Dass aber alle streitenden Parteien lediglich von naturphilosophischen Anschauungen ausgehen und von dort aus ihre Argumente entnehmen, lehrt die unbefangene Lektüre des gesamten juristischen Quellenmaterials. Der Streitpunkt ist, und zwar nicht erst nach den Justinianischen Institutionen⁵, *quis eorum naturali ratione dominus sit*. Der keine Rücksicht auf eine *utilitas* gestattende λόγος φυσικός soll entscheiden. Es handelt sich um das Identitätsprinzip. Anknüpfend an den Satz des Alfenus⁶, dass nach der Ansicht der Philosophen

¹) Behauptet ist derselbe im Allgemeinen schon von *Cuiacius* und im Besonderen (nach Meykow in Osenbrüggers Dorpater juristischen Studien S. 152), schon bei Otto, Institutionencommentar von 1760.

²) A. a. O. namentlich S. 71 ff.

³) Insbesondere des Laertius Diogenes und der Schrift des Alexander Aphrodisiensis περί μίξεως.

⁴) Von besonderer Wichtigkeit ist sein 65. Brief, aus dem gewöhnlich nur die das Thema einleitenden Worte: *Dicunt ut scis, Stoici nostri, duo esse in rerum natura ex quibus omnia fiant causam et materiam* citiert werden. Der Brief enthält eine Vergleichung der einschlägigen stoischen Lehre mit Aristoteles und Plato. Hier wird das Aristotelische εἶδος mit *forma* übersetzt, während der Ausdruck *species* nicht gebraucht wird. Seneca betont, dass die *forma*, welche bei einer Statue in der äusseren Gestalt, bei der Welt in dem *habitus et ordo, quem videmus* bestehen, nicht die *causa*, sondern nur *pars causae* sei.

⁵) Vgl. § 25 *cit.* mit fr. 7 § 7 *D. de adq. rer. dom.* 41, 1.

⁶) S. o. S. 16 a. E.

cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem existimari; stellten sich die Prokulianer auf den Standpunkt, dass nicht die Materie, sondern das εἶδος, welches sie durch *species* wiedergeben, das Wesen der Dinge bestimme. Deshalb lassen sie mit der *nova species* eine neue Sache entstehen, an welcher durch die Verarbeitung nach Analogie der Occupation Eigenthum erworben wird, *quia quod factum est, ante nullius erat.*

Die Sabinianer dagegen, welche sich zu dieser Höhe philosophischer Betrachtung nicht zu erheben vermochten, hielten an der mehr populären Anschauung fest, dass die Materie (ὑποκείμενον, οὐσία, *substantia*) nach wie vor massgebend bleibe (*materiam spectandam esse*), so dass *naturali ratione qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici potest.* Sie reklamiren also auch für die *materia* die Bedeutung einer *pars causae* im Sinne des Seneca, und halten wohl die *species* für keine wesentliche, die Identität beeinflussende Eigenschaft. Die Identität des Stoffes soll das Recht bestimmen.

Dass auch die *media sententia* nicht auf wirthschaftlichen Gesichtspunkten beruhen kann, liegt auf der Hand. Wenn man im Allgemeinen den Eigenthumsübergang in Folge Verarbeitung für einen wirthschaftlich gerechtfertigten ansieht, wie kann man dann dazu kommen, den Eigenthumserwerb an einer höchst feinen und kunstvollen Metallarbeit deshalb auszuschliessen, weil sie sich zu einem, vielleicht ganz werthlosen Metallklumpen wieder einschmelzen lässt? Auch ein irgendwie verständiger Ausgleich mit den Interessen des Eigenthümers ist darin nicht zu finden, sondern nur eine Verstärkung des naturphilosophisch gefundenen Erfordernisses der *nova species* dahin, dass die frühere *species* endgültig und unwiederbringlich dahin sei. Nur dann kann man von dem

neuen Produkt sagen: *suam speciem pristinam non continet*¹, während umgekehrt die Rückführbarkeit ein Zeichen dafür ist, dass die *materia* identisch geblieben ist.²

Den naturphilosophischen Standpunkt beweist auch die Durchführung der Lehre im Einzelnen. Nicht nur dass sich, wie schon Göppert³ bemerkt hat, in dem *emplastrum* und *collyrium*⁴ das Schulbeispiel der Stoiker für die σύγχυσις wieder findet⁵, vor Allem ist eine wirklich zielbewusste Durchführung des wirtschaftlichen Prinzips zu vermissen. Ein ohne erhebliche Mühe hergestelltes und keine Wertherhöhung bedeutendes *mulsum ex vino et melle* gilt als Spezifikation. Denn es gehört zur naturphilosophischen Kategorie der σύγχυσις.

Nur die Unterbringung unter diese Kategorie vermag auch die Behandlung des *electrum* zu erklären.

Nach Plinius⁶ wird unter *electrum* eine solche Mischung von Gold und Silber verstanden, welche aus $\frac{4}{5}$ Gold und $\frac{1}{5}$ Silber besteht. Plinius legt ihm die Eigenschaft zu, dass

¹) Fr. 5 § 1 D. de R. V. 6. 1.

²) In diesem Sinne spricht sich Paulus in dem fr. 78 D. de leg. III. (s. o. S. 53) aus. Dass er aber, wiederum der Naturlehre folgend unter Umständen trotz fehlender Rückführbarkeit Fortbestehen der Materie annimmt, zeigt fr. 24 D. de adquir. rer. dom. 41, 1: *In omnibus, quae ad eandem speciem reverti non possunt, dicendum sit, si materia manente species dumtaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuum aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere.*

³) A. a. O. S. 81.

⁴) Fr. 7. § 7. D. de adquir. rer. dom. 41, 1.

⁵) S. o. S. 15.

⁶) *Historia naturalis*, lib. XXXIII cap. 4 sect. 23. Er berichtet daselbst von seiner Verwendung an der Burg des Menelaus und zu einer etwas eigenartigen Dedikation Helenas. *Vasa electrina* erwähnt, fr. 32 § 5 D. de auro 34, 2. Das Breslauer Museum besitzt aus dem Sacrauer Funde mit *electrum* belegte Schmucksachen barbarischen Ursprungs.

es bei Licht heller als Silber glänze. Natürliches *electrum* diene zur Entdeckung von Giften, weil diese einem Kelch von *electrum* eine regenbogenartige Färbung gäben. Dieses *electrum*, welches auch durch Zusammenschmelzen (*conflare*) von Gold und Silber in der angegebenen Proportion hergestellt werden kann, betrachtet Gajus als *novi corporis species*.¹

Im Gegensatz dazu sagt Ulpian² bezüglich der Verschmelzung von Blei und Silber sowie von Bronze und Gold: *sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest; agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen*. Ebenso behandelt Callistratus Bronze und Silber.³ Also Verschmelzung von Blei und Silber, eine bekanntlich auch in der Natur stets vorkommende Mischung, sowie von Bronze mit Silber und Gold sind keine Spezifikationsfälle. Es macht nach dieser Richtung nichts aus, dass die Römer im ersteren Falle vermeintlich technisch in der Lage sind, die Stoffe wieder vollständig zu trennen, im zweiten aber nicht. Der Grund ist vielmehr lediglich: *utraque materia manet*.⁴

Demnach muss man also bei dem *electrum* angenommen haben, dass die *materia* nicht bleibe. Wie kam man dazu? Auch bei dem *electrum* handelt es sich nicht um eine neue chemische Verbindung⁶, sondern lediglich um eine Legirung.

¹) Fr. 7 § 8 D. *de adquir. rer. dominio* 41, 1. Ebenso § 27 I., *de rer. div.*, II 1.

²) Fr. 5 § 1 D. *de R. V.* 6, 1.

³) Fr. 12 § 1 D. *de adquir. r. d.* 41, 1.

⁴) Ebenso wie bei der *confusio* nach fr. 5 § 1 D. *de R. V.* 6, 1.

⁶) Wie etwa bei dem den Römern bekannten Amalgam von Quecksilber und Gold (Kopp, Geschichte der Chemie I S. 34). Dass dieses

Trotzdem stellt Czyhlarz² ohne jede weitere Aufklärung und noch dazu unter Polemik gegen Fitting³ die Behandlung dieses Falles als ganz selbstverständlich und prinzipmässig hin mit der unrichtigen Begründung, dass hier eine neue Verbindung eingegangen werde, während Blei und Silber keine neue Verbindung eingingen, so dass im letzteren Falle gar nichts Neues geschaffen werde. Die Aufklärung bringt hier ein Vergleich, den der Kirchenschriftsteller Tertullian gelegentlich zieht. Er sagt:⁴ *Si enim sermo ex transfiguratione et de mutatione substantiae caro facta est una iam erit substantia Jesus ex duabus, ex carne et spiritu, mixtura quadam, ut electrum ex auro et argento, et incipit nec aurum esse, id est spiritus, neque argentum, id est caro, dum alterum altero mutatur, et tertium quid efficitur.* Nach der im Alterthum herrschenden Naturlehre gehen bei dem *electrum* eben Gold und Silber eine ganz besonders enge, dem Verhältniss von Leib und Seele vergleichbare Verbindung ein, so dass hier eine *mutatio materiae*, eine σύγχυσις im stoischen Sinne stattfindet.

Fitting hat also in der That Unrecht, wenn er nur den Namen entscheiden lassen will. Es handelt sich um eine naturphilosophische Vorstellung, deren Thorheit übrigens schon der Akademiker Arkesilaus durch einen berühmten Schulwitz⁵ illustriert hat.

Auf der anderen Seite werden Fälle der Spezifikation

etwa seiner elektrischen Eigenschaften wegen *electrum* genannt wäre, ist nach den Ausführungen des Plinius über *electrum* einerseits und *argentum vivum* bez. *hydrargyros* andererseits völlig ausgeschlossen.

²) A. a. O. S. 257.

³) A. a. O. S. 20.

⁴) *Adversus Praxean* cap. 27 (S. 1114 der kl. Oehler'schen Ausgabe).

⁵) τὸ θρυλλούμενον ἐν ταῖς διατριβαῖς Ἀρκεσιλάου σκέλος (*Plutarch, de comm. not. cap. 37 pag. 1087 C—D*).

nicht zugerechnet, bei denen es sich um eine erhebliche produktive Arbeit handelt, und zwar ebenfalls aus naturphilosophischen Gründen. Das dem Keltern und Oelpressen an wirtschaftlicher Bedeutung kaum nachstehende Dreschen wird nicht als Spezifikation angesehen, weil, *cum grana, quae species continentur, perfectam habent suam speciem, qui excussit spicas non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.*

Vor allem liefert der berüchtigte Ausspruch über das Färben¹, den Paulus dem Labeo in den Mund legt und ohne ein Wort des Tadels wiederholt, den untrüglichen Beweis, wie fern Beiden nationalökonomische Erwägungen lagen. Ob eine Färberei einen fremden Stoff in kunstvoller Weise kostbar färbt, oder ob Jemand mit einem fremden Beinkleid in den Rinnstein fällt, „juristisch“ ist das ganz dasselbe.

Dass Paulus, der „Puchta des klassischen Alterthums“² jeder wirtschaftlichen Richtung entschieden abhold ist, zeigt auch sein Verhalten in der Frage bezüglich des Eigentums-erwerbs des Malers an der bemalten *tabula*. Er schneidet die bejahende Antwort, für die allerdings das *pretium picturae* geltend gemacht wurde, durch die auf die Naturlehre gegründete Rechtslogik ab: *sed necesse est ei res cedi, quod sine illa esse non potest.*³

¹) *Fr. 26 § 2 D. de acquir rer. dom. 41, 1. Si meam lanam infeceris, purpuram nihilo minus meam esse, Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset.*

²) R. v. Jhering, *Der Besitzwille* S. 283.

³) *Fr. 23 § 3 D. de R. D. 6, 1.* Auch Gajus sagt (II, 78): *cuius diversitatis vix idonea ratio redditur.* Erst die Justinianischen Institutionen (§ 34 *J. de rer. div. 2, 1*) anerkennen die wirtschaftliche Bedeutung des Malens: *sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.*

Es würde zu weit führen, hier der Streitfrage näher zu treten, ob nach rein römischem Recht die *bona fides* des Spezifikanten eine Voraussetzung seines Eigenthumerwerbs bildete¹, bez. ob gegen den *fur* bzw. *malae fidei* Erwerber *condictio furtiva* oder *actio ad exhibendum* begründet

¹) Höchst charakteristisch für den naiven, mit Begriffen spielenden Doktrinarismus des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs erster Lesung ist es, dass derselbe für den Spezifikanten keine *bona fides* verlangt und über das römische Recht hinaus (namentlich auch zufolge § 894 im Widerspruch mit *fr. 13 D. de cond. furt. 13, 1*) sogar den Dieb in dem Eigenthum des aus dem gestohlenen Stoffe hergestellten Produkts unbedingt schützt. (Vgl. Cosack, Das Sachenrecht im Entwurf S. 33, auch Sturm a. a. O. S. 127). Die Begründung (Mot. 3, S. 360) sagt: „Wird die produktive Thätigkeit als Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm bestimmt, so wird der *mala fides* des Spezifikanten in Ansehung seines Rechtes an den verwendeten Stoffen ein Einfluss nicht beige-messen, da die *mala fides* die gesetzliche Voraussetzung bestehen lässt und nicht berührt. Eine Ausnahme zu Ungunsten des bösgläubigen Spezifikanten, ähnlich wie bei Ersitzung, zu bestimmen, ist hier eben-sowenig wie in den Fällen der Verbindung und Vermischung gerechtfertigt, denn die Rechtsnormen dieses Abschnittes gewähren nicht ex-zeptionelle Begünstigungen, die im Falle der *mala fides* zurückgehalten werden müssten.“ Gewiss, wenn es die Aufgabe des Gesetzgebers ist, die wirthschaftlichen Bedürfnisse und sittlichen Anschauungen seines Volkes gleichmässig zu ignoriren, dann muss er vor Allem der *bona fides* jeden Einfluss auf den Rechtsverkehr nehmen. Dann hat auch der Dieb ein natürliches und unentziehbares Recht auf den Erwerb des gestohlenen Stoffes durch Spezifikation, und es wäre eine höchst unge-rechte Ausnahme, wenn man ihm im Interesse des Bestohlenen und der Ehrlichkeit diese Frucht seines Verbrechens entziehen wollte. Man merkt offenbar gar nicht, dass dabei der einzige Grund, welcher den Eigenthumerwerb durch Spezifikation wirthschaftlich und ethisch zu rechtfertigen vermag, der Schutz der redlichen Arbeit völlig unterdrückt und durch eine falsche Logik die Sache dahin verdreht wird, als ob der Ausschluss des Diebes wirklich eine Ausnahme sei.

war.¹ Auffällig bleibt aber unter allen Umständen, dass das Erforderniss nirgends ausdrücklich aufgestellt und an manchen der in Betracht kommenden Stellen wieder mit naturphilosophischen Argumenten operirt wird. So rechtfertigt Ulpian² die Exhibitionspflicht in dem übrigens keine Spezifikation enthaltenden Falle, *si dolo malo in aliud corpus res sit translata, velut si ex scypho massa facta sit*, mit dem Satze: *nam mutata forma prope interemit substantiam rei*. Vor allem aber sagt Paulus³: *Si quis ex uvis meis mustum fecerit⁴, vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum verius est* und an einer zweiten Stelle: *Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit*. Er tritt mit diesem Argumente freilich in einen gewissen Widerspruch zu seiner an anderem Orte⁵ gegebenen Ausführung: *Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimenta facto sed cupressum aut laneum corpus fieret⁶*.

Doch genug. Nach neuestem römischem Rechte ist der Eigenthumserwerb des Spezifikanten unzweifelhaft mit von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass eine *nova species*, keine blosse Änderung unter Beibehaltung derselben *species*,

¹) Vgl. als neueste Schrift: Gorden, Ist guter Glaube ein Erforderniss des Eigenthumserwerbs durch *specificatio*? sowie Sturm, Die Bedeutung der Rückführbarkeit und der *mala fides* für die Lehre von der Spezifikation im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 72 S. 119 ff.

²) Fr. 9 § 3 D. ad exhib. 10, 4.

³) Fr. 12 § 3 D. eod. t.

⁴) Dazu fr. 14 § 3 D. de cond. furt. 13, 1.

⁵) Fr. 26 pr. D. de adquir. rer. dom. 41, 1.

⁶) Vgl. auch fr. 4 § 20 D. de usurp. 41, 3.

vorliegt. Die gemeinrechtliche Doctrin verlangt im Anschlusse daran eine solche Umgestaltung des Stoffes, dass er als neue Sache erscheint.¹ Auf dem gleichen Standpunkte stehen die modernen Gesetzgebungen.² Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs³ formulirt die Voraussetzung dahin: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt.“

Die Anwendung dieser Rechtssätze setzt für alle nicht in den römischen Quellen speziell entschiedenen Fälle, und in den Gebieten der neueren Codifikationen auch für diese, die vorherige Beantwortung der Frage voraus, wann eine Neuheit, eine Aufhebung der Identität anzunehmen sei. Dass die Lösung der Aufgabe im einzelnen Falle zweifelhaft wird, zeigen die zahlreichen entstandenen Streitfragen, aus denen nur Einzelnes hervorgehoben werden möge.

Ein bekannter Streitfall betrifft die Verarbeitung von Thieren zur menschlichen Nahrung. Ist schon das Erlegen des Wildes oder das Schlachten des Rindes Herstellung einer neuen Sache? Oder das Kochen und Braten? Oder das Verarbeiten zu Wurst und Schinken?

Wie steht es bei der Seidenfabrikation, wenn fremde Maulbeerblätter, Schmetterlinge, Eier, Raupen, Cocons u. s. w. verwendet sind, und bis zu welchem Grade muss das Produkt fortgeschritten sein, damit eine neue Sache angenommen werden kann?

Ist die Herstellung von Eis aus Wasser, sowie die frei-

¹) Windscheid, a. a. O. I § 187.

²) Das französische Recht verlangt *une chose d'une nouvelle espèce* (Art. 570 code civil). Das preuss. A. L. R. (§ 299 I, 9) erwähnt dagegen das Erforderniss der Nichtidentität nicht, und spricht einfach von Verarbeitung.

³) § 893.

lich wohl unpraktische Herstellung von Sauerstoff aus der atmosphärischen Luft Spezifikation?

Wie steht es bei der Weinbereitung? Erwirbt der Spezifikant auch die Träber? Ist das Verschneiden und Verbessern oder das Verfälschen und „Taufen“ des Weines (oder der Milch), die Champagnerfabrikation, das Brauen einer Bowle — mit oder ohne Sekt — Spezifikation? Ist das Zerkleinern eines Baumes zu Brennholz, das Zersägen, Behauen schon Spezifikation oder erst die Herstellung eines hölzernen Gebrauchs-Gegenstandes? Wie steht es mit dem Verbrennen von Holz, insbesondere der Produktion von Holzkohle und Holzasche? Aehnliches lässt sich hinsichtlich der Bearbeitung von Steinen fragen, blosse zwecklose Zertrümmerung, Zerkleinerung für den Chausseebau, Behauung für den Strassen- oder Hausbau, künstlerische Verarbeitung als Bildsäule u. dgl.?

Schon diese Fragen zeigen, dass mit der neuerdings üblich gewordenen Verweisung auf das richterliche Ermessen, die Anschauungen des Lebens oder des Verkehrs¹ oder auf die Erfahrungen und Anschauungen der in Betracht kommenden Technik die Aufgabe nicht gelöst ist, wenn nicht wenigstens ein weiterer leitender Gesichtspunkt aufgestellt werden kann. Der Frage, ob ein Braten, ein geräucherter Schinken oder eine Wurst gegenüber dem Schweine als eine neue Sache anzusehen sei, wird auch der erfahrenste Metzger nur ein verblüfftes Gesicht entgegenbringen. Über „Neuheit an sich“ nachzudenken hat er nicht gelernt. Und selbst den doch meistens philosophisch veranlagten Schuster

¹) So Windscheid a. a. O. und ihm folgend die Motive des Entwurfs, und zwar im Gegensatze zu anderen (Bechmann a. a. O. S. 44, Czyhlarz a. a. O. S. 252, Bremer, Spezifikation und Accession, in der kritischen Vierteljahrsschrift, 10 S. 15, 57) ohne jede Angabe eines leitenden Prinzips.

wird man schwer zu der Anschauung bringen, dass das Leder, aus dem er die Stiefel fertigte, aufgehört habe, als Sache zu existiren.

Ebensowenig haben der Verkehr und das Leben in dieser Beziehung sichere und feste Anschauungen. Der Verkehr bildet für sein Bedürfniss seine Gebräuche und seine Bezeichnungen. Aber die Begriffe Neuheit und Identität zu fixiren, liegt ausserhalb seiner Sphäre. Die Verweisung auf das Leben und den Verkehr ist also, ohne Einschränkung gegeben, hier die Proklamirung der reinsten richterlichen Willkür, die Vollmacht, Spezifikation anzunehmen und Eigenthum übergehen zu lassen, wo und wann es beliebt. Ausserdem ist denen, welche lediglich aus den römischen Quellen schöpfen wollen, entgegenzuhalten, dass diese von allen hier genannten Wegen nichts wissen.

Die Versuche, im Anschluss an die den römischen Quellen zu Grunde liegende naturphilosophische Anschauung, also abgesehen von wirthschaftlichen Gesichtspunkten, ein Prinzip für die Rechtsanwendung der Gegenwart zu construiren, haben zu verschiedenen Richtungen geführt, denen offenbar eine verschiedene Auffassung des quellenmässigen Erfordernisses der *nova species* zu Grunde liegt.

Czyhlarz¹ fasst den Begriff der *species* oder des εἶδος in einer mehr äusserlichen Weise. Er sagt: „Jede Sache ist (!) ein für sich bestehendes Stoffquantum, das uns in einer bestimmten Erscheinungsform entgegentritt. Diese Erscheinungsform ist nichts dem Stoff gegenüber selbständiges, sondern von diesem bedingt, die chemisch-physikalische Verbindung, Gestalt u. s. w. (!) desselben. — Sie kann zunächst in blosser Bearbeitung der Sache bei Schonung und Festhaltung der bisherigen Er-

¹) A. a. O. 249 ff.

scheinungsform bestehen. Dann bleibt die Sache, das Arbeitsobjekt, das, was sie ist! Die menschliche Thätigkeit ist lediglich darauf gerichtet, sie als das, was sie ist, brauchbarer, geniessbarer, schöner u. s. w. zu machen oder ihr überhaupt erst die Eigenschaft der Brauchbarkeit, Geniessbarkeit u. s. w. zu verleihen.

Die auf die Sache aufgewendete Arbeit kann aber auch eine Verarbeitung beziehungsweise Umarbeitung derselben bezwecken. Dann wird durch menschliche Arbeit der Stoff absichtlich in eine andere als die bisherige Erscheinungsform gebracht, so dass er vermöge derselben etwas Neues, bisher nicht Vorhandenes ist. Die bisherige Sache, d. h. die bisherige Erscheinungsform des Stoffes ist dadurch untergegangen, dass etwas Neues aus ihr gemacht worden ist. Vernichtung der bisherigen Species ist somit zwar die Folge dieses Prozesses, nicht aber der Zweck, der vielmehr in der Neuschaffung, Erzeugung, Creation einer anderen Erscheinungsform besteht, welche nothwendig die Consumption der bisherigen Erscheinungsform nach sich zieht.

Dort, wo die menschliche Arbeit diesen letzt erwähnten Charakter hat, wo das Arbeitsresultat darin besteht, dass *ex materia nova species fit*, sprechen die Neueren von sog. Spezifikation, welche sich uns somit darstellt als die Creation eines Dinges aus einem andern durch menschliche Arbeit. Diese ist somit als erzeugende, schaffende gemeint, mit a. W. als das, was Aristoteles als *ποίησις* bezeichnet.

Die Frage, ob eine neue Sache vorliege oder nicht, müssen wir nur danach beantworten, ob in der Erscheinungsform, die sich als Arbeitsresultat ergibt, eine wirkliche Neuschöpfung, Creation eines bisher nicht Vorhandenen oder eine blosser Zerlegung, Verbesserung, Verschönerung u. s. w. (!) des schon Vorhandenen gelegen ist.“

Eine Begründung dieser naturphilosophischen Betrachtung wird gar nicht versucht. Dieselbe ist als naturnothwendig auf Treue und Glauben hinzunehmen, auch die Annahme, dass es auf dem Gebiete des Stofflichen „wirkliche Neuschöpfungen“ gebe. Vom praktischen Standpunkte ist vor Allem einzuwenden, dass sich nach dieser Theorie weder die quellenmässigen Entscheidungen durchweg rechtfertigen lassen, noch dass sie einen geeigneten Massstab für die Entscheidung der dort unentschieden gebliebenen Fälle bietet. Warum soll zunächst keine Spezifikation bei Grundstücken stattfinden, obwohl doch auch hier die Quellen von einer Umwandlung der Form sprechen?¹ Bei allen gasförmigen und flüssigen Körpern kann offenbar von einer Veränderung der Erscheinungsform gar nicht gesprochen werden, da hier eine fassbare, scheinbar kontinuierliche Gestalt fehlt. Wenn die Herstellung von Sauerstoff aus atmosphärischer Luft keine Spezifikation sein soll, „weil die blosser Ausscheidung eines schon als selbständiges Ding vorhandenen Stoffes aus der Verwendung mit anderen Stoffen nicht als Herstellung einer neuen Sache angesehen werden könne,“ so folgt das aus dem aufgestellten Prinzip in keiner Weise. Unerklärt bleibt, warum das Einschmelzen eines metallenen Gefässes „Sachvernichtung“ nicht Spezifikation sei, obwohl doch auch hier eine vollständige Gestaltsveränderung vorliegt. Während das Brennen von Ziegeln ohne Gestaltsveränderung quellenmässiger Spezifikationsfall ist, soll die Umformung eines Thonklumpens zu etwas Rundem, Länglichem, Eckigem keine Spezifikation sein, da es „immer derselbe Thonklumpen bleibe.“ Dagegen hat derjenige, welcher vielleicht aus Uebermuth einen kostbaren Becher einschmilzt und dann einen ganz kunstlosen

¹) *Fr. 7 § 5 D. d. a. r. d. 41, 1: Ille ager, qui fuerat, desiit esse amissa propria forma.*

Becher herstellt „doch etwas Neues erzeugt.“ Warum die Herstellung des *electrum* im Gegensatz zu anderen Legirungen Spezifikation ist, obwohl in der Erscheinungsform daran nichts zu merken ist, bleibt unerklärt. Warum sollen die Träger, trotz der erlittenen, erheblichen Gestaltsveränderung keine *nova species* bilden? Sehr lehrreich ist namentlich, wie Czyhlarz die Produktion des Metzgers behandelt. Das Schlachten ist keine Spezifikation. „Wer ein Thier tödtet, erzeugt keine neue Sache — den Leichnam! sondern entzieht der vorhandenen bloß (!) das Leben. Auch nach der Tödtung ist das geschlagene Rind noch immer dasselbe *corpus*, es ist bloß (!) aus einem *animatum* zu einem leblosen geworden, es hat somit zwar (!) eine Aenderung erfahren, aber doch nicht eine solche, die es zu etwas Neuem macht.“ Das Kochen und Braten ist ebenfalls keine Spezifikation „da auch dadurch nichts Neues erzeugt, sondern nur das Vorhandene zubereitet,¹ geniessbar gemacht wird.“ Mit dem geräucherten Schinken ist es nicht anders. Dagegen ist „die Erzeugung von Würsten bereits Spezifikation.“ Die durch Naturgesetz vorgeschriebene Grenze für die wirklich schöpferische Thätigkeit des Metzgers scheint also zwischen Schinkenwurst und Blasenschinken zu liegen.

Es fehlt aber jede Begründung dafür, warum man derartige ebenso unpraktische, wie willkürliche Annahmen, denen sich leicht noch eine Reihe anderer zufügen liesse, als naturnothwendig betrachten muss.

In einer tiefer gehenden Weise sucht Fitting² die *nova species* zu bestimmen. Er versteht darunter nicht schlechthin die äussere Gestalt, sondern den Begriff der Sache, und dürfte

¹) Auch die Herstellung anatomischer Präparate würde hiernach keine Spezifikation sein, sondern nur eine Zubereitung der bestehenden, bloß des Lebens beraubten *species* Mensch.

²) A. a. O. S. 3. Uebereinstimmend Brinz, Pandekten I., S. 573.

dadurch freilich der Auffassung des Aristoteles, wie der Stoiker von dem εἶδος oder der ἐξίς, als dem aus der Natur der Dinge hervorgehenden, das Wesen bestimmenden Prinzip, näher kommen, wie diejenigen, welche lediglich die sinnlich wahrnehmbare Form betonen. Eine Spezifikation soll demnach vorliegen, wenn der Begriff der alten Sache untergegangen und ein neuer Begriff an seine Stelle getreten ist. Eine gewisse Annäherung an die Theorie von der äusseren Form wird aber wieder hergestellt durch den Satz, dass der wesentliche Wechsel der äusseren Erscheinungsart den Begriff einer neuen Sache erzeuge.

Die Theorie steht auch in einer gewissen Beziehung zu der Annahme Bechmanns¹, dass ein neuer Name unerlässliche Voraussetzung der Spezifikation sei. Denn Fitting hält dafür, dass für die Feststellung der begrifflichen Verwandlung in eine neue Sache das beste Hülfsmittel die Sprache sei, so dass die Beibehaltung oder Aenderung des Namens wenigstens eine Präsuntion für oder gegen die Spezifikation begründe.

Dass mit dem Namen allein nicht durchzukommen ist, dürfte auf der Hand liegen. Aus dem Glas werden durch Zerschlagen Scherben, aus den Aehren durch Dreschen Körner, aus den Steinkohlen durch Verbrennen Asche, und dennoch wird in allen diesen Fällen keine Spezifikation angenommen. Dagegen hat eine neue Erfindung vielleicht noch gar keinen Namen erhalten. Und die Logik ist nach Ueberwindung des Nominalismus doch wohl darüber einig, dass nur eine ganz primitive Weise der Begriffsbildung von dem Namen ihren Ausgangspunkt nehmen kann.²

Also bedarf es doch anderer Elemente zur Begriffsbildung. Und da stehen wir wieder vor dem Nichts oder der Willkür.

¹) A. a. O. S. 44.

²) Sehr viel schärfer sagt das Ueberweg, Logik S. 153.

Das Ei z. B. ist nach Fitting¹ mit dem Thiere nicht identisch, dagegen sind Raupe, Puppe, Schmetterling ein und dasselbe begrifflich identische Thier. Welche Resultate ergeben sich daraus für die Seidenproduktion? Der in seiner Bedeutung für die Produkte wesentliche Vorgang, das Einspinnen der Raupe und die Entstehung des Cocons fällt nicht unter die Spezifikation, wohl aber das Werden der Raupe aus dem Ei. Auch bei Herstellung eines anderen Individuums gleicher Art versagt die Begriffstheorie vollständig.

Kurzum es lässt sich auch vom Standpunkte dieser Theorie eine einigermaßen sichere und zweckmässige Rechtsanwendung nicht erzielen.

Vor allen Dingen fehlt es aber auch hier an dem Nachweis, dass die Quellen diese Theorie zu Grunde legen.

Bremer ist bei seiner Kritik der Aufstellungen Bechmanns und Fittings dazu übergegangen, dem Werth² des Products eine gewisse Bedeutung beizulegen. Er hat darin schon zahlreiche Vorgänger gehabt. So führt Meykow³ an, dass schon Connanus⁴ die Ansicht vertreten habe, dass darauf gesehen werden müsse, ob Arbeit oder Stoff werthvoller sei. Der Satz ist insbesondere in das französische Recht in der Weise übergegangen, dass hier⁵ als Bedingung des Eigenthumserwerbs durch Spezifikation gesetzt ist: *si — la main d'oeuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée*. Hier ist zunächst nur zu konstatiren, dass ein solcher Satz sich in den römischen

¹) A. a. O. S. 10.

²) A. a. O. S. 41.

³) A. a. O. S. 158.

⁴) Seine *Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente* war mir nicht zugänglich.

⁵) *Art. 571 code civil*.

Quellen nicht findet, und dass sich auch aus dem Begriff der *nova species* an sich das Erforderniss einer bestimmten Werthrelation zwischen Arbeit und Stoff nicht herleiten lässt.

Das vorläufige Ergebniss ist also: In Folge der inneren Unwahrheit der zu Grunde liegenden naturphilosophischen Vorstellungen lässt sich aus den römischen Quellen und der an diese angelehnten Doktrin kein Prinzip entwickeln, nach welchem der Begriff der Neuheit für die Rechtsanwendung näher bestimmt werden könnte. Eine blos relative Identität oder Nichtidentität lässt sich überhaupt durch eine formalistische Untersuchung nicht näher bestimmen.

Will man den Eigenthumserwerb durch Spezifikation wegen Unbestimmbarkeit seiner Voraussetzung nicht ganz fallen lassen, so wird man auch hier wieder den Zweck aufzusuchen haben, der mit der in Rede stehenden Rechtsnorm verfolgt wird, um aus diesem Zweck die Voraussetzungen ihrer Anwendung zu bestimmen. Man ist dabei berechtigt, nicht nur für die modernen Gesetzgebungen, sondern auch für das gemeine Recht denjenigen Zweck aufzusuchen, der nach dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart mit dem Satze verfolgt wird, und zwar um so mehr, als in den römischen Quellen ein solcher leitender Zweckgedanke nicht zum Ausdruck gelangt ist.

Danach kann der Zweck des Eigenthumserwerbs durch Spezifikation allein sein ein massvoller Schutz der redlichen Arbeit. Von diesem Gesichtspunkte aus ergiebt sich zunächst, dass es sich um Arbeit, und zwar um redliche Arbeit handeln muss. Im weiteren bedarf es eines Arbeitserfolges von wirthschaftlicher Bedeutung. Es muss in wirthschaftlich zweckmässiger Weise ein Produkt hergestellt sein, das eine bisher nicht vorhanden gewesene nützliche Verwendung gestattet. Und endlich bedarf es eines wirthschaftlichen Ueber-

wiegens der Bedeutung der erforderlich gewesen Arbeit über die Bedeutung des Stoffes.

Dass mit diesen Regeln nicht alle Zweifel gehoben sind, dass in der That zur Feststellung im Einzelfalle die Erfahrungen des Lebens und der besonderen Technik heranzuziehen sind, und schliesslich doch noch für richterliches Ermessen Raum bleibt, soll nicht geleugnet werden. Es besteht aber eine bestimmte Richtschnur, welche sichere und zweckmässige Ergebnisse verbürgen kann.

Für die jedenfalls erforderliche Umgestaltung der §§ 893 bis 896 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches lassen sich die gefundenen Ergebnisse ohne weiters verwerthen. Aufzunehmen ist ganz selbstverständlich das Erforderniss der Redlichkeit. Aufzunehmen ist ferner die Bestimmung, dass auch die Verarbeitung durch Andere zur Spezifikation führt. Zu vermeiden ist als an sich inhaltlos nach dem Vorbilde des preussischen Rechts das Erforderniss der Neuheit der herzustellenden Sache. Das in § 894 für einzelne Fälle der Spezifikation aufgestellte Erforderniss des Ueberwiegens des Werths des Produkts gegenüber dem Werthe des Stoffes ist nach dem Muster des französischen Rechts zu verallgemeinern. Dann bedarf es auch des besonderen § 894 nicht mehr. Endlich ist auch der in den §§ 895, 896 statuirte Untergang dinglicher Rechte, welche an dem Stoffe bestanden, auf den Fall einer redlichen, d. h. also in diesem Falle in Unkenntniss des dinglichen Rechts vorgenommenen Spezifikation zu beschränken.

Hiernach ergäben sich etwa folgende Bestimmungen:
„Wer redlicher Weise selbst oder durch andere eine bewegliche Sache so verarbeitet, umbildet oder bearbeitet, dass der Werth des Stoffes hinter dem Werthe des Arbeitsergebnisses bedeutend zurücktritt, erwirbt dadurch das Eigenthum an dem

Arbeitsergebniss. Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen die an dem Stoffe begründeten Rechte Dritter, insofern ihr Bestand dem Hersteller bei Beginn der Arbeit unbekannt war.“

Ein näheres Eingehen auf die Bedeutung des Identitätsproblems für den Fall des sog. *error in substantia* muss hier unterbleiben. Wenn die Römer¹ hier darauf Gewicht gelegt haben, ob trotz des Irrthums für Vorstellung und Wirklichkeit *eadem substantia* (ὁὐσία) bleibt², so führt die Einsicht in die Undurchführbarkeit dieses Grundsatzes und sein Ersatz durch den Zweckgedanken dazu, auf diejenigen Eigenschaften Gewicht zu legen, welche einen erheblichen Einfluss auf das Zustandekommen der betreffenden Geschäfte zu äussern pflegen.³ Und hier sind es freilich die Verkehrsanschauungen, welche darüber unmittelbar die beste Auskunft geben können. Im Ergebniss war es daher z. B. wohl richtig, wenn die Römer beim Kauf von Sklavinnen wohl auf das Geschlecht, nicht aber auf die Virginität Gewicht legten.⁴ Dass es sich aber dabei um keinen festen Massstab hinsichtlich der Identität handelt, zeigt schon der Umstand, dass der Irrthum über die Virginität nach protestantischem Eherecht die Ehe beeinträchtigt.⁵ Unter dem, nach dem Zwecke des Rechtsverhältnisses veränderten Gesichtspunkte erlangt derselbe Umstand eine ganz andere Bedeutung. Nach der Anschauung des

¹) Fr. 9 § 2 D *de contr. empt.* 18, 1. Dazu Windscheid a. a. O. I, § 76 (in den älteren Auflagen).

²) Den auch hier vorhandenen Zusammenhang mit der stoischen Philosophie deutet an Cicero, *de officiis* III, cap. 23, §§ 10—12.

³) So schon § 81, I, 4. A. L. R. und jetzt § 94 Abs. 2 des Entwurfs zweiter Lesung.

⁴) Fr. § 11 § 1 D. *eod. t.*

⁵) Schulte, Kirchenrecht, 4. Aufl. S. 380.

protestantischen Eherechts ist es eben ein Irrthum über eine Eigenschaft, welche bei Schliessung einer Ehe⁶ im Allgemeinen in relevanter Weise vorausgesetzt zu werden pflegt.

§ 7. Ergebniss.

Das Ziel dieser Erörterungen war nicht so sehr auf die Beantwortung der Einzelfragen, als auf die Auffindung eines allgemeinen, die Fragen der Identität und der Neuheit beherrschenden Prinzips gerichtet.

┌ In dieser Hinsicht blieb das Ergebniss zunächst ein negatives. Es giebt kein Prinzip und kann kein Prinzip geben, nach dem die Identität oder Nichtidentität an sich und für alle Fälle festgestellt werden könnte. Die juristische Betrachtung der einzelnen Fälle hat hier die allgemeinen philosophischen Erwägungen bestätigt. Identität oder Neuheit sind ebenso wie Individualität und Wesenheit, im Allgemeinen ganz schwankende, nicht fixirbare Bezeichnungen. ┘

Daraus folgt gesetzestechnisch, dass es sich im Allgemeinen, und insoweit es sich nicht um eine absolute Identität oder die allerdings bestimmbare persönliche Individualität handelt, nicht empfiehlt, diese Begriffe ohne nähere Bestimmung zur Voraussetzung von Rechtsfolgen zu machen.

Bei der Rechtsanwendung muss, soweit Identität oder Nichtidentität in Frage steht, stets der einzelne Fall ins Auge gefasst werden. Ergiebt sich hier, dass in der That die blosse Identität oder Nichtidentität ohne irgend eine nähere Bestimmung, aber doch in einem relativen Sinne ein wesentliches Thatbestandsmoment der Rechtsnorm bildet, so ist die Rechtsnorm streng genommen unausführbar.

⁶) § 40 II, 1 A. L. R. setzt noch hinzu „von dieser Art“.

Nur dadurch lässt sich dieselbe aufrechterhalten, dass ihr Zweck aufgesucht und die zweckgemässe Voraussetzung für den Eintritt der Rechtswirkung ermittelt und im Einzelfalle erfordert wird.

Namentlich hat sich in denjenigen Fällen, welche vorzugsweise praktische Bedeutung für die Gegenwart beanspruchen, bei der Klagänderung und bei der Spezifikation, auf dem Gebiete des Unkörperlichen und des Körperlichen, gezeigt, dass nur von diesem Gesichtspunkte aus eine befriedigende Lösung des Problems möglich sei.

Der dem Rechte im Ganzen, wie der Weltordnung überhaupt, zu Grunde liegende Zweckgedanke, brachte die Rettung aus einer sonst haltlosen Lage. Bei seiner Anwendung auf dem Gebiete des Vermögensrechts treten naturgemäss die wirthschaftlichen Interessen in den Vordergrund. In höherer und vollkommener Auffassung erfordert er aber auch, und zwar sogar in erster Linie, die Berücksichtigung des Sittengesetzes.

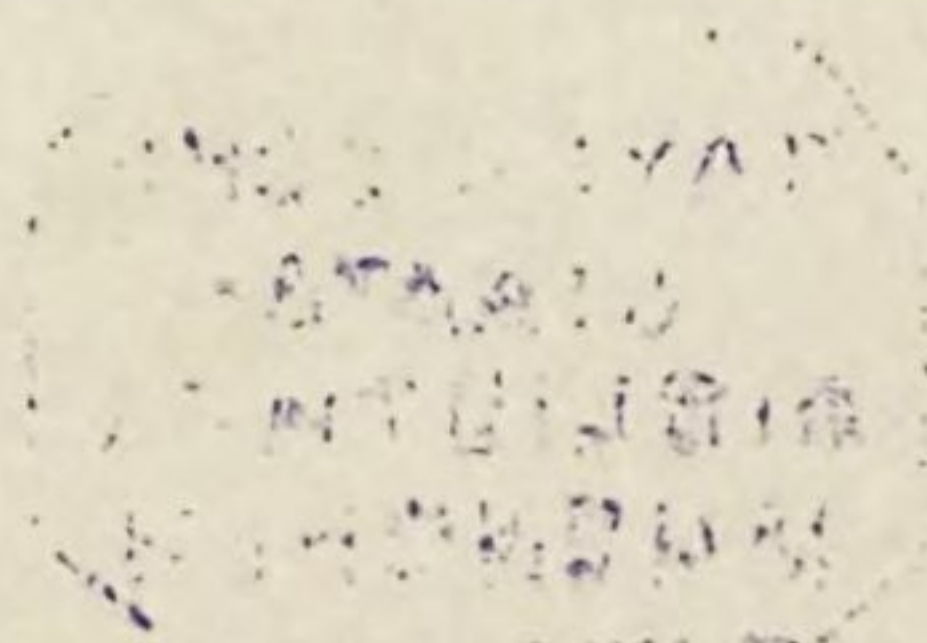
Wenn dieser Gedanke in neuerer Zeit auf Rechtsauffassung, Rechtsanwendung und Gesetzgebung mächtigen, stets noch wachsenden Einfluss wiedergewonnen hat, so ist das in erster Linie der Wirksamkeit des Mannes zuzuschreiben, zu dessen Jubeltage diese Zeilen geschrieben sind. Er hat sich als der bedeutendste und fruchtbarste Vertreter der Zweckidee erwiesen. Auf seine Gedanken konnten sich die Ergebnisse dieses Aufsatzes vorzugsweise aufbauen.

Sollten sich dieselben als richtig erweisen, so könnten sie einen kleinen Theil der praktischen Bethätigung des Dankes bilden, den die Rechtswissenschaft den Arbeiten Rudolf von Jherings schuldet.



Inhaltsübersicht.

	Seite
§ 1. Das Problem	1 —
§ 2. Ausgangspunkte	5
§ 3. Die Succession	21
§ 4. Die Novation	29
§ 5. Die Klagänderung	36 —
§ 6. Die Spezifikation	46
§ 7. Ergebniss	73



In demselben Verlage erscheint:

S. Brie, Dr. jur. Prof. u. Geh. Justizrath.

Die gegenwärtige Verfassung Frankreichs. Separatabdruck aus der Festschrift für R. von Gneist. **M. 2.—.**

H. Seuffert, Dr. jur. Prof. und Geh. Justizrath.

Mittheilungen aus dem italien. Strafgesetzentwurf.
Separatabdruck aus der Festschrift für R. von Gneist.
M. 3.—.

**Strafrechtliche Abhandlungen des juristischen
Seminars der Universität Breslau.**

1. Curt Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände.

Subscriptionspreis **M. 1.50.**

Einzelpreis **M. 2.50.**

2. Dr. Robert Hess, Die Unterlassung der Anzeige nach dem Reichsstrafgesetzbuch.

Subscriptionspreis **M. 0.75.**

Einzelpreis **M. 1.10.**

Früher erschien:

Brie, Siegfr., Dr. jur. Professor u. Geh. Justizrath.

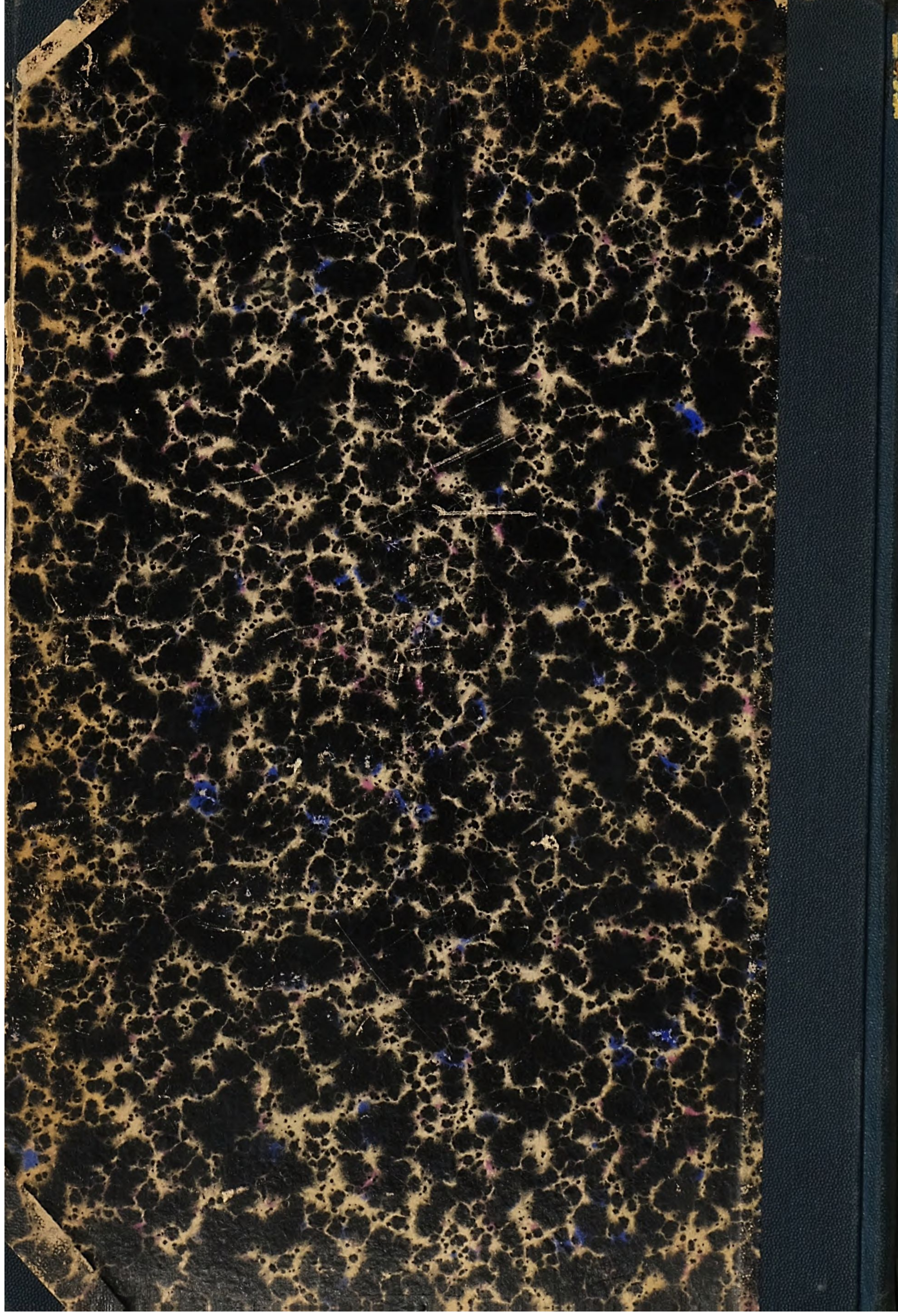
Die Fortschritte des Völkerrechts seit dem Wiener Congress. 1890. **M. 1.20**

Seuffert, Dr. Herm., Prof. u. Geh. Justizrath.

Erörterungen über die Besetzung der Schöffengerichte und Schwurgerichte nach dem Deutschen Gerichtsverfassungsgesetze 1879. **M. 2.—.**

„ Ueber einige Grundfragen des Strafrechts 1886.
M. 1.20.

37, 39



Jhering, Rudolf von, 1818-1892 [Gefeierter] / Jhering, Rudolf <<von>>, /
Wlassak, Moriz,

Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Geheimen Justizraths und Professors
Dr. Rudolph von Ihering am VI. August MDCCCLXXXII

Breslau 1892

J.rom.m. 198 oc

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637510-3